

Revista catalana de dret públic

www.rcdp.cat

Especial Sentencia 31/2010 del Tribunal
Constitucional, sobre el Estatuto
de Autonomía de Cataluña de 2006



Generalitat de Catalunya
**Escola d'Administració Pública
de Catalunya**



Esta obra está sujeta a una licencia de Creative Commons. Se permite la reproducción, distribución y comunicación pública, siempre que se haga sin afán de lucro y se reconozca explícitamente a los autores y autoras, y a la Escuela de Administración Pública de Cataluña como editora de la publicación.
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/legalcode.es>

© 2010, Mercè Barceló, Xavier Bernadí y Joan Vintró (coordinadores)

De esta edición:

© 2010, Escola d'Administració Pública de Catalunya

Primera edición: diciembre de 2010

ISBN: 978-84-393-8699-5

Depósito legal:

Composición: Anglofort

Impresión: Gràfiques Pacific

SUMARIO

Presentación (7-8)

1. Valoración general de la Sentencia (9-68)

Enoch Albertí; Miguel A. Aparicio; Xavier Arbós; Mercè Barceló; Joaquim Ferret; Joaquín Tornos; Joan Vintró; Carles Viver Pi-Sunyer

2. El Tribunal Constitucional ante el Estatuto (69-78)

La competencia del Tribunal (composición, recusaciones).
El papel de la justicia constitucional
Antoni Bayona; Víctor Ferreres

3. El Estatuto como norma y su función constitucional (79-100)

Enoch Albertí; Josep M. Castellà; Enric Fossas; Joaquín Tornos

4. Cataluña como nación y los símbolos nacionales (101-114)

Xavier Arbós; Fernando Domínguez

5. Los derechos históricos (115-128)

Tomàs de Montagut; Joaquim Ferret; Jaume Vernet

6. La lengua (129-152)

El carácter preferente y la lengua como derecho y deber. Lengua y enseñanza. Lengua y órganos constitucionales. Derechos lingüísticos y consumidores. El fomento del catalán y su uso en las actuaciones internas de las administraciones
Antoni Milian; Xavier Muro; Anna M. Pla; Eva Pons

7. Derechos y garantías jurisdiccionales (153-178)

Miguel A. Cabellos; Marc Carrillo; Enriqueta Expósito; Gerardo Pisarello

8. Instituciones (179-196)

El Consejo de Garantías Estatutarias: ¿derechos sin garantías?
Joaquín Tornos; Joan Vintró
La exclusividad del Síndic de Greuges
Joan Vintró

9. El poder judicial (197-212)

El Tribunal Superior de Justicia. El Consejo de Justicia de Cataluña
Miguel A. Aparicio; Miguel A. Cabellos

10. El régimen local (213-248)

*Antoni Bayona; Josep R. Fuentes; Alfredo Galán y Ricard Gracia;
Josep Mir*

11. Las competencias (249-386)

La doctrina del Tribunal sobre la definición de las competencias.

Competencias exclusivas, compartidas y ejecutivas

Mercè Barceló; Antoni Bayona; Xavier Bernadí;

Marc Carrillo; Mercè Corretja;

Ramon Riu; Joaquín Tornos

Alcance territorial y efectos de las competencias

Dolors Feliu; Clara I. Velasco

Competencia en materia de consultas populares

Josep M. Castellà; Esther Martín

Competencia en materia de cultura

Raimon Carrasco; Enric Fossas

Competencia en materia de derecho civil

Ferran Badosa; Joan Egea; Encarna Roca

Competencia en materia de inmigración

Marco Aparicio; David Moya; Vicenç Aguado

Competencias desactivadas

Xavier Bernadí

12. Las relaciones institucionales de la Generalitat (387-420)

La participación en organismos y decisiones del Estado: organismos constitucionales y organismos económicos. La Comisión Bilateral

Generalitat-Estado y la Comisión Mixta de Asuntos Económicos y Fiscales

M. Mar Pérez; Neus París

Unión Europea y acción exterior

Andreu Olesti; Xavier Pons

13. La financiación (421-460)

La hacienda de la Generalitat. La hacienda local

Lluís M. Alonso; M. Dolores Arias; Núria Bosch y Maite Vilalta;

José A. Fernández Amor; Joan Pagès; Montserrat Peretó; Pere Sol

14. La reforma del Estatuto (461-468)*Fernando Domínguez***15. Nuevos horizontes (469-501)**

Afectación de la Sentencia a otros estatutos de autonomía

Víctor Ferreres

La impugnación de la Sentencia: vías, órganos y procedimientos

Antoni Bayona; Argelia Queralt

La evolución jurídica hacia un Estado propio

Hèctor López Bofill

Balance y perspectivas

Mercè Barceló, Xavier Bernadí y Joan Vintró

PRESENTACIÓN

Mercè Barceló, Xavier Bernadí y Joan Vintró*

La Sentencia 31/2010 puede constituir el origen de un cambio de rumbo en la trayectoria hasta ahora seguida por la jurisprudencia constitucional en relación con la conceptualización del Estado autonómico y sus aspectos estructurales. Las sentencias dictadas pocos meses después han continuado sin modulaciones relevantes el camino abierto por la primera. Por esa razón, por la trascendencia que tiene esta resolución para el autogobierno de Cataluña, el Consejo de Redacción de la *Revista Catalana de Dret Públic* decidió inmediatamente después de su publicación emprender una edición especial que recogiera las primeras consideraciones sobre la Sentencia de un número relevante de juristas –participan aproximadamente sesenta autoras y autores–, especialistas en el ámbito de las diferentes materias del derecho público de Cataluña.

Esta edición especial se ideó en un inicio para la versión electrónica de la *Revista* porque ello permitía una publicación poco dilatada en el tiempo. Sin embargo, la solidez de las aportaciones recibidas –a pesar de moverse en la obligada brevedad y constituir una primera aproximación al tema– y el rigor científico del resultado de conjunto han motivado también la elaboración de una edición en papel, ya que de esta manera podrá potencialmente incrementarse la difusión hasta ahora realizada.

La estructura de la obra sigue la misma que la establecida en el número electrónico: se distribuyen los trabajos de los expertos agrupados en quince grandes ámbitos que incluyen los aspectos más relevantes de la Sentencia 31/2010, así como una valoración de conjunto de esta resolución y las perspectivas o posibles escenarios que se pueden plantear a partir de aquí. El análisis que se ofrece es plural (tanto por el número de personas que han participado como por la diversidad de las aproximaciones que nos aporta), pero expresa una

* Mercè Barceló, Xavier Bernadí y Joan Vintró, coordinadores del Especial Sentencia sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña.

común preocupación acerca de cuál sea a partir de ahora el futuro del Estado autonómico y como encaja en él el autogobierno de Cataluña.

Ponemos, pues, en manos del lector un documento que, conformado por una suma de opiniones individuales, alcanza un resultado final que de alguna manera las trasciende, configurando así una obra armónica, contemporánea respecto de su objeto, y con la aspiración que sea de referencia para todos los estudiosos y los operadores jurídicos del autogobierno de Cataluña.

1. VALORACIÓN GENERAL DE LA SENTENCIA

La Sentencia 31/2010: valoración general
de su impacto sobre el Estatuto y el estado
de las autonomías (11-22)

Enoch Albertí Rovira

Alguna consideración sobre la Sentencia
31/2010 y el rol atribuido al Tribunal
Constitucional (23-28)

Miguel A. Aparicio Pérez

Una visión general (29-32)

Xavier Arbós Marín

Breves consideraciones sobre
la Sentencia 31/2010 (33-38)

Mercè Barceló Serramalera

Una visión global de la
Sentencia (39-44)

Joaquim Ferret Jacas

Valoración general (45-48)

Joaquín Tornos Mas

Valoración general de la
Sentencia 31/2010 (49-63)

Joan Vintró Castells

Los efectos jurídicos de la Sentencia sobre
el Estatuto (64-68)

Carles Viver Pi-Sunyer

LA SENTENCIA 31/2010: VALORACIÓN GENERAL DE SU IMPACTO SOBRE EL ESTATUTO Y EL ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS

Enoch Albertí Rovira*

1.

No hay duda de que la STC 31/2010, de 28 de junio, constituye una de las decisiones del TC de mayor relieve en materia de organización territorial del Estado, que puede figurar junto a otras sentencias que han influido de una manera muy notable, y en sentidos diversos, en el desarrollo del Estado autonómico en España. La amplitud de los temas que trata, en consonancia con la amplitud y entidad de las cuestiones impugnadas en el recurso de inconstitucionalidad de que trae causa, así como el hecho de que sea el primer caso de control constitucional de un estatuto de autonomía del art. 151 CE y, más aún, de una ley aprobada en referéndum popular, justifican su inclusión en la lista, no muy larga, de resoluciones con más alto impacto sobre el Estado autonómico. La inclusión de la STC 31/2010 en esta lista, no obstante, ha estado rodeada de unas circunstancias especiales, que se deben tener en cuenta a la hora de realizar su valoración general, porque, entre otras cosas, podrían acabar teniendo su peso en el papel que finalmente desempeñe la Sentencia en el desarrollo del Estado autonómico.

En este breve comentario, que pretende una primera valoración general de la STC 31/2010, trataré, en primer lugar, estas circunstancias especiales que han rodeado la emisión, para pasar después a hacer algunas observaciones sobre el estilo general de la Sentencia, su incidencia sobre el Estatuto de Autonomía de

* Enoch Albertí Rovira, catedrático de derecho constitucional de la Universidad de Barcelona.

1. En esta lista se debe incluir, sin duda, la STC 76/1983 (LOAPA), quizás la sentencia que más ha influido en el devenir del Estado autonómico, permitiendo su desarrollo en un sentido que hubiera sido muy diferente si la sentencia hubiera sido otra. Pero también deben figurar otras, sobre aspectos más concretos aunque muy determinantes en la configuración y evolución de la organización territorial del Estado, como las SSTC 32/1981, 1/1982 y 69/1988 (bases); SSTC 37/1981 y 29/1986 (competencias económicas); SSTC 18/1982 y 80/1985 (principio de colaboración y, la primera, competencias ejecutivas); STC 25/1983 (asunción estatutaria de competencias); STC 32/1983 (coordinación); STC 252/1988 (ejecución del derecho comunitario europeo); STC 61/1997 (supletoriedad del derecho estatal); STC 13/1992 (potestad subvencional del Estado); STC 163/1995 (cláusula de prevalencia).

Cataluña impugnado y, finalmente, respecto a lo que creo puede ser su impacto sobre el Estado autonómico español.

2.

La STC 31/2010 se ha dictado en un contexto extraordinariamente conflictivo, en medio de un enorme debate político y jurídico, en ocasiones muy tenso, en cuyo centro se encontraba el nuevo Estatuto de Cataluña y las novedades que representaba respecto del Estado autonómico tal como se había configurado hasta el momento. Para empezar, la propia impugnación del Estatuto (especialmente, los recursos del PP y del Defensor del Pueblo) presenta circunstancias difícilmente explicables en términos jurídicos, ya que no se han impugnado otros estatutos con contenidos muy similares y a veces incluso idénticos. Y además, para influir en la decisión que finalmente adoptara el TC, se han producido algunas maniobras en torno a su composición, con un coste altísimo, a mi parecer, para el prestigio y la credibilidad del propio Tribunal. La no renovación de los magistrados con mandatos caducados en casi tres años, la no sustitución de un magistrado fallecido y, sobre todo, la recusación del magistrado Pablo Pérez Tremps por motivos que no son ni consistentes ni razonables, a la cual siguió una retahíla de recusaciones cruzadas que pusieron al Tribunal al borde de la incapacidad de actuar, fueron operaciones destinadas a alterar la composición *natural* del Tribunal e influir en su decisión del conflicto, operaciones que fueron retransmitidas prácticamente en directo por los medios de comunicación y que han trasladado a la opinión pública una imagen partidista de la composición del Tribunal que, con independencia de que se ajuste o no a la realidad, ha causado daños graves en su consideración pública.

Las especulaciones acerca de la Sentencia del TC sobre el Estatuto (en realidad, la primera de la serie de siete impugnaciones que recibió, y que no se acumularon), hechas públicas y discutidas en los medios durante mucho tiempo, y cierto ambiente de expectación y a veces incluso de suspense respecto de la emisión de la Sentencia (muchas veces anunciada y que no vio la luz hasta un séptimo borrador y dos cambios de ponente), son circunstancias que tampoco han contribuido a crear el mejor clima para la emisión de la Sentencia. Que finalmente se haya aprobado la decisión por 6 a 4, y que los cuatro magistrados discrepantes hayan formulado cuatro votos particulares especialmente extensos en los que disienten de manera radical de la Sentencia mayoritaria –por creer, en general, que el Estatuto incurría en muchos más motivos de inconstitucionalidad–

dad de los que le atribuye la Sentencia—, es una expresión más del carácter enormemente conflictivo de este asunto, aunque no puede llevar a pensar que la continuación del debate jurídico-constitucional —que es inevitable— deba ceñirse al terreno marcado por los votos particulares que expresan esta discrepancia radical, como si la única alternativa a la interpretación contenida en la Sentencia sea la que se desprende, en términos más o menos coincidentes, de esos cuatro votos discrepantes.²

Creo que una de las primeras cuestiones que se pueden decir con carácter general de la Sentencia 31/2010 es que supone que una línea de pensamiento constitucional, una determinada concepción del estado autonómico español (que queda expresada en la Sentencia —más que en los cuatro votos particulares radicalmente discrepantes, que se sitúan más bien en el extrarradio—, la cual incluso se separa en algunos aspectos de lo que el propio TC había sostenido hasta ahora), se ha impuesto sobre otra línea de pensamiento constitucional, otra concepción del estado autonómico, que tiene muchas fuentes y expresiones pero que queda reflejada, básicamente, en las alegaciones del Parlamento y del Gobierno de la Generalitat de Cataluña. Creo que la Sentencia no supone el punto final de este debate, sino que el mismo continuará, y que las circunstancias especialmente conflictivas que han rodeado su nacimiento favorecen más su continuación —quizás en términos más agrios— que su conclusión.

3.

El estilo general de la Sentencia creo que merece también ser destacado en una valoración general. Partiendo de que se trataba de un recurso contra un estatuto de autonomía aprobado por la vía del art. 151 CE (el primero que se interponía contra una norma de este tipo), que, además, era también el primer recurso contra una ley aprobada en referéndum popular que tenía que conocer el TC, había interés en ver cómo abordaba el TC la cuestión y, especialmente, si mostraba alguna actitud especial o realizaba alguna consideración específica respecto de estas circunstancias. Pues bien, vista la Sentencia, el TC en ningún momento hace referencia a que se trate de la impugnación de una ley aprobada en referéndum ni realiza ninguna reflexión sobre la posible incidencia que este he-

2. Queda al margen el voto particular que formula el magistrado Eugeni Gay, que centra su discrepancia de la Sentencia en la interpretación que hace del preámbulo del Estatuto y de varios preceptos relativos al reconocimiento nacional y los derechos históricos al autogobierno.

cho pueda tener en la actuación del propio Tribunal. El recurso se resuelve sin ninguna consideración de esta circunstancia. No se trata ahora de discutir si el TC podía controlar o no la constitucionalidad de un estatuto aprobado por referéndum. Aunque se admita que a la luz de la actual LOTC (art. 27.2.a) el TC debía conocer de este recurso (aunque ello pueda ser también una cuestión objeto de debate), parece claro que alguna incidencia debe tener en la intervención del TC el que se trate de una ley aprobada en referéndum, aunque sólo sea en forma de especial deferencia. No obstante, esta especial deferencia, que se manifestaría en términos de una presunción de constitucionalidad reforzada, no sólo no se manifiesta, sino que creo que puede decirse que la Sentencia ni siquiera mantiene la deferencia que normalmente podría esperarse respecto de las leyes ordinarias.³ Resulta difícil entender que el hecho de controlar una ley aprobada en referéndum no merezca ninguna atención por parte del TC y más todavía tratándose de la primera vez que ello sucedía.

Aparte de esta falta de atención sobre el hecho de tratarse de una ley aprobada en referéndum popular, creo que el estilo de la Sentencia se caracteriza por tres notas principales: la brevedad de la argumentación, su tono apodíctico y su carácter preventivo.

La brevedad argumentativa queda reflejada en que la impugnación de los 199 preceptos del Estatuto objeto del recurso⁴ se resuelve en 232 folios, lo cual arroja una media de 1,16 folios para argumentar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de cada uno de los preceptos impugnados.⁵ Incluso si esta estadística se corrige a la vista realmente del texto de la Sentencia (porque está claro que hay impugnaciones que podrían resolverse en unas cuantas líneas), resulta que la mayor parte de los fundamentos jurídicos no se extienden mucho más de un folio, y que aquellos que despachan los asuntos que podrían considerarse más problemáticos no sobrepasan en ningún caso los cinco folios. Así, no es exagerado afirmar que, a pesar de estar ante una Sentencia de 683 folios (más

3. La declaración de inconstitucionalidad de buena parte de los preceptos relativos al Consejo de Justicia de Cataluña y a la competencia de la Generalitat sobre las haciendas locales (que, decía el Estatuto, «puede incluir la capacidad legislativa para establecer y regular los tributos propios de los gobiernos locales», art. 218.2 EAC) constituye un ejemplo de esta falta de deferencia, en la medida en que es posible, sin mucho esfuerzo, una interpretación conforme o, en su caso –especialmente respecto del Consejo de Justicia–, una declaración de ineficacia inmediata (o de eficacia diferida) que evite la declaración de inconstitucionalidad y consiguiente nulidad.

4. Pertenecientes a 136 artículos y disposiciones adicionales y finales.

5. Si se descuentan los 11 folios iniciales dedicados a resolver cuestiones procedimentales y a hacer consideraciones generales sobre la función, naturaleza y posición del Estatuto, esta media resulta todavía menor.

los de los votos particulares, que suman 197), es una Sentencia breve en cuanto a su argumentación, sobre todo si se pone en relación con la tradición del TC, en la que abundan sentencias especialmente extensas e incluso prolijas en la argumentación contenida en sus fundamentos jurídicos.

Esta brevedad confiere a la Sentencia un tono marcadamente apodíctico. No importa ahora averiguar si este tono es el resultado prácticamente inevitable de la voluntad de producir una sentencia breve, o si la brevedad, por el contrario, es consecuencia del uso de una argumentación esencialmente apodíctica. Lo cierto es que en muchas ocasiones el TC utiliza juicios de esta naturaleza, presentando argumentos y estableciendo consecuencias como algo obvio, indiscutible y definitivo.⁶ El recurso a este tipo de argumentación, y más en un ámbito en que lo único obvio es que no existe nada obvio, confiere a la Sentencia un tono excesivamente rotundo y tajante, que le resta, sin duda, capacidad de persuasión.

Y, en tercer lugar, la Sentencia presenta muchas veces un carácter marcadamente preventivo. No son infrecuentes, en efecto, los supuestos en los que el TC plantea hipotéticamente una situación que el propio TC considera contraria a la Constitución para, a continuación, y aun reconociendo que el Estatuto no la prevé directamente ni deriva hacia ella necesariamente, establece una interpretación que preventivamente lo evite. Ello sucede especialmente cuando el TC trata los aspectos con mayor carga identitaria,⁷ pero también en otros ámbitos, como el competencial.⁸ Este tipo de razonamiento implica atribuir al Estatuto intenciones ocultas, en contradicción con la Constitución, frente a las que el Tribunal se ve obligado a reaccionar para evitar que se materialicen. Dicha actuación denota una aproximación al Estatuto desde una posición de profunda desconfianza. Éste es uno de los motivos que justifica el reproche de falta de deferencia respecto del Estatuto, en el sentido elemental de presunción de consti-

6. En este sentido la Sentencia contiene algunos pasajes antológicos como, p. e., el del FJ 42, donde afirma, sin más (y sin que sea necesario a los efectos de la decisión que está gestando el TC en aquella cuestión), que «la estructura del Estado es indiferente, por principio, para el Judicial como Poder del Estado». Aparte de otros casos, abundan en los fundamentos jurídicos las expresiones «evidente», «obvio» y «natural», para mencionar sólo estas tres que son indicativas de una argumentación de esta naturaleza. Estas expresiones se utilizan, en todas sus formas, 105 veces en los fundamentos jurídicos: o bien el Tribunal recurre a argumentos innecesarios (lo cual entraría en contradicción con la voluntad de redactar una sentencia breve y concisa en cuanto a su argumentación) o bien es un claro indicio de un uso frecuente de argumentaciones apodícticas.

7. P. e., fundamentos jurídicos 10 (fundamento del Estatuto y derecho histórico a la autonomía); FJ 11 (ciudadanía catalana); FJ 12 (símbolos nacionales); FFJJ 13 y 115 (relaciones bilaterales); FJ 14 (catalán como lengua propia y régimen de uso por parte de los poderes públicos); FJ 21 (catalán en órganos judiciales de ámbito estatal), entre otros.

8. P. e., FJ 59 (competencias exclusivas).

tucionalidad. La alternativa a esta actitud es clara, y no se comprende muy bien por qué el TC no la adopta: si, en su caso, se produjeran en el futuro actuaciones basadas en el Estatuto que resultaran incompatibles con la Constitución, éstas siempre se podrían impugnar ante el TC. Establecer ahora una interpretación que intente evitar preventivamente estas eventuales actuaciones no constituye sólo una muestra de desconfianza, incompatible con la dignidad democrática de la ley, sino que resulta también completamente inútil a efectos de evitar eventuales actuaciones futuras contrarias a la Constitución, que en todo caso deberán impugnarse cuando se produzcan.

Sería interesante someter la STC 31/2010 a un análisis lingüístico esmerado para poder verificar los juicios que acabo de expresar y su alcance exacto. Sin embargo, a falta, por el momento, y a la espera de que pueda llevarse a cabo este análisis, creo que hay indicios suficientes para considerar que estamos ante una sentencia que utiliza un tono marcadamente apodíctico y que muchas veces presenta un carácter preventivo, con todo lo que ello implica en una decisión de justicia constitucional.

4.

Para valorar el impacto de la STC 31/2010 sobre el Estatuto de Cataluña del 2006 creo que es conveniente examinar cómo quedan, después de la Sentencia, los objetivos que pretendía el Estatuto. Para ello no debe tenerse en cuenta sólo las declaraciones de inconstitucionalidad, sino también las declaraciones interpretativas, y de modo especial aquellas que se llevan a la parte dispositiva de la Sentencia.

Dicho de manera muy sintética, creo que los grandes objetivos que perseguía el Estatuto de 2006 se pueden resumir en los siguientes aspectos:⁹ (i) la garantía de la integridad de las competencias de la Generalitat y de la autonomía en su ejercicio; (ii) la articulación de unas nuevas relaciones con el Estado, basadas en la participación y en una relación bilateral fortalecida; (iii) la garantía de una mejor financiación, más justa para Cataluña; (iv) y finalmente, pero no en último lugar, el reconocimiento nacional de Cataluña y la garantía de sus elementos identitarios esenciales, entre los cuales destaca el catalán como lengua propia y los derechos lingüísticos que de ello derivan. No se trata ahora de efec-

9. Para una exposición más extensa de esta cuestión, me remito ahora a mi artículo «Le nouveau Statut d'Autonomie de la Catalogne», *Revue française d'administration publique*, Transferts territoriaux de compétences en Europe, n.º. 121-122, 2007, p. 145 y ss.

tuar un examen detallado de cómo la STC 31/2010 trata estas cuestiones, sino sólo de indicar qué conclusiones generales pueden extraerse de este análisis. Y empezando por la más general de todas, creo que se puede decir que la STC 31/2010 desactiva prácticamente todas las previsiones y elimina las garantías que el Estatuto establecía respecto de estas cuestiones primordiales.

Con respecto a la garantía de las competencias, tanto de su integridad material como de la autonomía efectiva de su ejercicio (que el Estatuto pretendía a través de la concreción de los campos materiales, propios de cada título competencial, para limitar el efecto expansivo de los títulos estatales de carácter genérico y horizontal, por una parte, y a través de la delimitación del contenido funcional de los diversos tipos de competencias autonómicas, por otra), la STC 31/2010 priva de valor a las previsiones estatutarias: tanto a las que se refieren al contenido funcional de las competencias de la Generalitat, en su triple vertiente de exclusivas, compartidas y ejecutivas, como a las que acotan sectores y subsectores, para delimitar el ámbito material de las competencias autonómicas. En el primer caso, el TC sentencia, lapidariamente y en contraposición con lo que había establecido en la STC 247/2007, sobre el Estatuto valenciano (FFJJ 9 y 10), que los estatutos, respecto del contenido funcional de las competencias, pueden «relacionar sin definir» las facultades que incluyen (FJ 58). De esta manera, se sustrae a los estatutos toda posibilidad de determinar y perfilar las facultades que contienen los distintos títulos competenciales, función que, se dice, corresponde en exclusiva al TC, que actuará a partir sólo de la Constitución (FJ 58). A partir de aquí, de seguirse esta doctrina, resulta irrelevante lo que diga el Estatuto sobre el contenido funcional de los títulos competenciales, sea o no objeto de una declaración de nulidad (como pasa con parte del art. 111 EAC) o de una declaración interpretativa (arts. 110 y 112 EAC). Y en el segundo caso, respecto del ámbito material de las competencias, el TC declara que la expresión «en todo caso» que utiliza el Estatuto para acotar o concretar las materias correspondientes a cada título competencial, descomponiendo los diversos sectores que integran dicha materia a fin de garantizar su integridad, tiene un valor meramente descriptivo que en ningún caso impide que el Estado pueda hacer uso de las competencias que le asigna la Constitución (algo que nadie había puesto en duda) en toda la extensión que el TC les reconozca, a partir de la Constitución y sin tener en cuenta lo que disponga el Estatuto (lo cual supone desconocer la función constitucional de los estatutos de autonomía para delimitar las competencias).¹⁰

10. Así, fundamentos jurídicos 59, 64, 67 y todos los demás relativos a competencias estatutarias que utilizan la cláusula «en todo caso» como técnica de delimitación material.

De esta forma, el TC actúa como si fuera la Constitución la única norma que, en el sistema autonómico español, delimita las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, desconociendo el papel que desempeñan los estatutos de autonomía (que son normas estatales) en la delimitación de las competencias entre el Estado y las comunidades y, en todo caso, privándolos de cualquier valor en este sentido.

En cuanto a la articulación de las relaciones con el Estado, el TC resta cualquier valor vinculante a lo que dispone el Estatuto respecto de la participación de la Generalitat en determinados órganos constitucionales (art. 180 EAC), organismos económicos y sociales (art. 182 EAC) o en el ejercicio de determinadas competencias (p. e., mediante informes, como sucede en los arts. 127.3, 140.4, 148.2, 149.2 EAC y otros). En todos estos casos el TC concluye que la participación de la Generalitat prevista en el Estatuto, que normalmente ya se remite para su efectividad a lo que disponga la legislación estatal correspondiente, no puede impedir la libre decisión por parte del legislador estatal¹¹ ni puede «condicionar el pleno y libre ejercicio por el Estado de sus competencias» (FJ 85, para todos los casos relativos a informes previos al ejercicio de competencias estatales). Y respecto del principio de bilateralidad en la relación Estado-Generalitat (art. 3.1 EAC, concretado después en el título V y especialmente en la Comisión Bilateral Generalitat-Estado, art. 183 EAC), el TC lo reduce a la simple previsión de que a través de la Comisión Bilateral se puedan establecer relaciones de colaboración voluntaria entre las dos instancias, sin interferir en sus facultades decisorias y sin excluir otros marcos de relación (FJ 115). El TC concluye, respecto de las funciones que el EAC asigna a la Comisión Bilateral, que los acuerdos que adopte no pueden «en modo alguno impedir el libre y pleno ejercicio por el Estado de sus propias competencias ni, en consecuencia, sustituir, vincular o dejar sin efecto las decisiones que le corresponda adoptar» (FJ 116). En definitiva, el Estatuto ha previsto sólo, en opinión del TC, el establecimiento de relaciones voluntarias de colaboración, que no pueden afectar al libre ejercicio de las competencias de las partes. Para ello no hacía falta, obviamente, que el Estatuto dijera nada. Lo que hace en realidad el TC es negar que el Estatuto sea norma apta para establecer regímenes de colaboración y de cooperación no voluntarios. Y si no lo pueden hacer los estatutos, aplicando su función constitucional y en su calidad de normas estatales que forman parte del bloque

11. La STC, aparte de excluir esta participación orgánica respecto de los organismos decisorios (FJ 111), dice que «corresponde al Estado hacer o no efectiva en cada caso con entera libertad la participación expresada, su concreto alcance y su específico modo de articulación» (FJ 114).

de la constitucionalidad ¿qué normas pueden establecer este tipo de relaciones? Sólo, claro está, siguiendo esta doctrina del TC, la misma Constitución. Lo que realmente ha hecho aquí el TC, al desproveer a los estatutos de esta posibilidad, es negar que en nuestro sistema se puedan establecer, salvo directamente por la Constitución, regímenes de colaboración y cooperación no voluntarios, como por otra parte habían hecho ya, sin problemas, los estatutos de primera generación, como el propio Estatuto catalán de 1979 (art. 13, Junta de Seguridad Estado-Generalitat, que era un órgano mixto con funciones decisorias).

En materia de financiación, la garantía que pretendía el Estatuto se dirigía esencialmente a asegurar una mayor autonomía fiscal y una acotación de las aportaciones de Cataluña a los mecanismos de nivelación que evitara la producción de efectos injustos (expresados en el hecho de que la financiación per cápita en Cataluña —que realiza aportaciones importantes a la solidaridad territorial— se situara por debajo de la de las comunidades autónomas que reciben las transferencias de solidaridad). Esta garantía queda también desprovista en gran parte de valor, al acoger el TC —aquí sí en consonancia con su doctrina anterior, tradicionalmente muy generosa para el Estado— una interpretación enormemente extensiva de la competencia estatal sobre la hacienda general, *ex* art. 149.1.14 CE, y sobre la reserva a la ley orgánica estatal que contiene el art. 157.3 CE. En especial, el TC devalúa la función de la Comisión Mixta de Asuntos Económicos y Fiscales Estado-Generalitat, al sobreponerle un marco de decisión estatal y multilateral¹² (en especial, FFJJ 130, 131 y 135). Del mismo modo, también desprovee de valor y de sentido a las acotaciones que realiza el EAC sobre la aportación catalana a los mecanismos de nivelación: según el TC, la limitación de la nivelación que establece el Estatuto en los servicios de educación, sanidad y otros servicios esenciales del estado del bienestar (art. 206.2 EAC) equivalen, sin más, a la expresión «servicios públicos fundamentales» del art. 158 CE, y la previsión de que las aportaciones catalanas para que otros gobiernos autonómicos puedan alcanzar niveles similares de prestación de servicios se condicionen a que se lleve a cabo «un esfuerzo fiscal similar» por su parte (art. 206.3 EAC) se declara, simplemente, inconstitucional y nula (FJ 134). En definitiva, el TC afirma la competencia del Estado para establecer el sistema de financiación autonómica y limita la función del Estatuto a prever algunos de los canales por los que tiene que transcurrir la coordinación y cooperación que la

12. Marco de relación que el TC ya había anunciado en la STC 13/2007, que rehace completamente el sistema de decisión previsto en los estatutos e incluso en la LOFCA sobre los tributos cedidos y las participaciones autonómicas en los ingresos estatales que había funcionado hasta el momento.

propia Constitución establece que debe producirse entre el Estado y las comunidades en este ámbito.

Y, finalmente, el Estatuto pretendía asimismo un reconocimiento de la identidad singular de Cataluña, especialmente con respecto a su carácter nacional y al catalán como lengua propia. En cuanto a la primera de estas cuestiones, el TC se preocupa esencialmente de restar, hasta eliminarlo completamente, significado jurídico-constitucional, e incluso político, a las expresiones estatutarias que comportan un reconocimiento nacional (desde la declaración incluida en el preámbulo hasta la calificación como nacionales de los símbolos de Cataluña del art. 8 EAC, pasando por la alusión a los derechos históricos como fundamento del autogobierno de Cataluña contenida en el art. 5 EAC y al establecimiento de una ciudadanía catalana por parte del art. 7 EAC). En este ámbito, y sin que nos podamos extender más, el TC se esfuerza en general para ceñir el reconocimiento nacional al terreno cultural así como en negar cualquier identidad política al *pueblo de Cataluña* que permita verlo como un sujeto propio y diferenciado del *pueblo español* que la Constitución establece como sujeto único de la *soberanía nacional*, que fundamenta a su vez la unidad de la *nación española* (FFJJ 8 a 12). Mención específica merece el tratamiento del catalán como lengua propia de Cataluña. Me limitaré sólo a constatar que, aunque se declare inconstitucional y nula la previsión del art. 6.1 EAC acerca de su uso preferente por parte de las Administraciones públicas y los medios de comunicación públicos de Cataluña (FJ 14), el TC en general confirma la constitucionalidad del modelo de uso del catalán y del régimen de doble oficialidad establecido en el Estatuto, que supone elevar de rango la legislación lingüística vigente en Cataluña desde hace muchos años, de conformidad con anteriores decisiones del propio TC.¹³ No obstante, hay que advertir que en este marco de confirmación general del modelo lingüístico de Cataluña, y en especial del régimen lingüístico de la enseñanza, el TC introduce algunas consideraciones capaces de dar lugar a interpretaciones diferentes, que pueden reabrir el debate sobre el modelo existente y que contienen un notable potencial conflictivo.¹⁴ Cuando se tiene que interpretar al intérprete, y cuando esta operación puede conducir a resultados distintos e incluso contradictorios, se puede afirmar, creo, que el intérprete no ha hecho suficientemente bien lo que le corresponde hacer.

13. Entre las más significativas, las SSTC 82, 83 y 84/1986 y 337/1994.

14. Especialmente, las afirmaciones relativas a la posibilidad del catalán y del castellano de actuar como lenguas vehiculares en la enseñanza (FJ 24).

5.

La STC 31/2010 no afecta sólo al Estatuto de Cataluña, declarando inconstitucionales algunos de sus preceptos y vaciando de contenido normativo y vinculante muchos otros, a través de declaraciones interpretativas. La STC 31/2010, por el alcance de las cuestiones que trata, afecta al Estado autonómico en su conjunto. Esta constatación, después de lo que ya se ha dicho, quizás sería suficiente, en una primera valoración general como ésta. Valga sólo un pequeño apunte respecto de dos cuestiones, a mi entender esenciales, para acabar de justificar este juicio e intentar captar, en una primera impresión general, el alcance de este impacto sobre el sistema autonómico globalmente considerado.

Una de las conclusiones que más claramente se desprenden de la lectura de la STC 31/2010, y que se ha reflejado en las consideraciones realizadas hasta ahora, es que los estatutos de autonomía quedan enormemente devaluados. No quiero insistir en esta cuestión, que trato específicamente en otro comentario en este mismo número de la *Revista*, pero resulta claro que la STC 31/2010 no reconoce a los estatutos ni la triste condición de *soft law* que pueda orientar la futura legislación (estatal, por supuesto, como el mismo Estatuto) en las materias que trata, legislación (estatal, por supuesto, como el mismo Estatuto) a la que se remite el propio Estatuto para hacer efectivas las previsiones que contiene en estos ámbitos. La STC 31/2010 hubiera podido optar por declarar inconstitucionales estas previsiones, por exceder el contenido admisible de un estatuto de autonomía; o hubiera podido declarar su falta de eficacia inmediata, remitiendo la efectiva regulación de las materias afectadas a la ley posterior, respetando la orientación básica establecida por el Estatuto (que muchas veces se limita a prever que la legislación estatal contenga determinado aspecto pero sin indicar su contenido concreto), dado que el Estatuto se aprueba por ley orgánica estatal y que, por lo tanto, es el propio Estado quien en realidad se estaría comprometiendo a regular determinadas cuestiones en el futuro en un sentido determinado (compromiso que, por lo demás, se establece normalmente en términos muy amplios). Sin embargo, como se ha visto, el TC ha optado por no declarar inconstitucionales estas previsiones, en la mayor parte de los casos, si bien las ha dejado completamente vacías de contenido normativo y vinculante. Ha devaluado el significado y función de los estatutos de autonomía (el catalán, pero se entiende que es una doctrina aplicable a todos), dejando prácticamente sin sentido una de las piezas esenciales sobre las que se construye el Estado autonómico español. La pregunta que debe hacerse es qué evolución y qué futuro hay que esperar del modelo autonómico, una vez éste ha sido desprovisto de uno de sus

elementos característicos y singulares esenciales, que servía para dotarlo de una flexibilidad y de una capacidad de diferenciación, al menos potencial, que resultó imprescindible para implantar el nuevo modelo territorial. Ésta es la principal incógnita que, a mi entender, se abre con la STC 31/2010.

La otra cuestión general que surge a partir de la STC 31/2010, entre otras posibles, hace referencia a la propia concepción del Estado autonómico y a su capacidad de integración. Claro está que el modelo establecido por la Constitución no implicaba necesariamente una concepción del Estado en términos plurinacionales. Pero, al menos hasta ahora, también estaba claro, a mi entender, que tampoco la excluía. Prueba de ello, y de que tal concepción no implicaba necesariamente un cuestionamiento de la unidad estatal ni un fraccionamiento de su soberanía, fue precisamente el Estatuto de Cataluña de 2006, con los reconocimientos de la identidad nacional de Cataluña que contiene, aprobados por las Cortes Generales. Lo que hace la STC 31/2010 es negar –o rebajar hasta la más absoluta intrascendencia– este reconocimiento y, en consecuencia, excluir esta concepción del Estado autonómico. Como se ha dicho más arriba, se ha impuesto una línea de pensamiento constitucional, una determinada concepción del Estado autonómico, sobre otra que, hasta ahora, creía que también podía estar amparada en la Constitución. Quizá es cierto que, en algún momento, las dos concepciones estaban llamadas a enfrentarse y dirimir su supremacía. El hecho, creo, es que esta confrontación se ha producido de forma directa en este episodio jurisdiccional, y que en el mismo una concepción se ha impuesto sobre la otra. Otra gran incógnita que se abre con la STC 31/2010 es el alcance y extensión de este episodio, si es definitivo o una parte más de una larga serie, que –más incógnitas– hoy es muy difícil pronosticar cómo continuará.

ALGUNA CONSIDERACIÓN SOBRE LA SENTENCIA 31/2010 Y EL ROL ATRIBUIDO AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Miguel A. Aparicio Pérez*

Cuando a comienzos de los años veinte del siglo pasado se inició la polémica sobre el gobierno de los jueces (Edouard Lambert: *El Gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos: la experiencia americana del control judicial de la constitucionalidad de las leyes*), lo que se cuestionaba, ante todo, era el poder no democrático de que disponía el Tribunal Supremo de los Estados Unidos no solamente para interpretar la Constitución sino también para mantener la vigencia de determinadas realidades jurídico-políticas incluso en contra de la voluntad de los gobiernos legítimamente elegidos. Sin embargo, como es sabido, el sistema de justicia constitucional, a pesar de esos enfrentamientos que tuvieron su punto álgido con los inicios de la aplicación del *New Deal* de Roosevelt, se fue extendiendo por los diversos regímenes democráticos sobre todo a partir del término de la Segunda Guerra Mundial. Y se fue extendiendo, en su perspectiva orgánica, sin composición democrática directa aunque su función, paradójicamente, fuese siempre y lo siga siendo la de defender la propia Constitución democrática.

Ello, en principio, no ofrece una especial contradicción si se tiene en cuenta que este tipo de defensa de la Constitución debiera funcionar no a través de resoluciones productos de la voluntad, como es lo propio de las decisiones políticas, sino a través de juicios de conocimiento ya que se produce, como no podía ser menos, una estricta correlación entre la naturaleza normativa de la Constitución y la función del órgano que, en última instancia, se encuentra encargado de su defensa: si se parte de la naturaleza esencialmente normativa de la Constitución el juicio de aplicación interpretativa puede y ha de ser un juicio jurídico, un juicio en el cual el contraste entre normas (una superior y otra u otras inferiores) pueda dar lugar a una conclusión racional de adecuación o inadecuación de esta o estas últimas respecto de la primera. Y para llegar a esa conclusión la forma de designación de este tipo de jueces puede llegar a ser una cuestión relativamente menor. En otras palabras: los miembros que componen

* Miguel A. Aparicio Pérez, catedrático de derecho constitucional de la Universidad de Barcelona.

los órganos encargados de ejercer la llamada justicia constitucional no tienen necesariamente que ser escogidos mediante escrutinio democrático sino mediante un escrutinio técnico-jurídico que les dote, además, de garantías de independencia e imparcialidad.

Por eso, el mantenimiento de la adecuada fuerza normativa de la Constitución es un requisito indispensable para que su defensa jurisdiccional sea posible; lo mismo que es un requisito indispensable el que el órgano de enjuiciamiento posea capacidad técnica suficiente y quiera utilizarla de forma independiente e imparcial. Pero la normatividad de la Constitución puede ir perdiendo transparencia por razones muy diversas: si se permite la comparación organicista ello puede ocurrir tanto por el oscurecimiento del propio texto constitucional como por la pérdida de la adecuada fuerza de visión de quien tiene que analizarla y aplicarla; es decir, por la pérdida de normatividad de la Constitución y por el aumento del contenido político de quien tiene que defenderla.

Ambas cosas son las que han sucedido en el proceso de desarrollo constitucional español en lo que se refiere al modelo constitucional de Estado y eso es a lo que finalmente se ha llegado de forma evidente con motivo de la STC 31/2010 que ha tenido ocasión de juzgar el Estatuto de Autonomía de Cataluña. De hecho, como es sabido en el Estatuto de Autonomía de Cataluña se planteaban tres o cuatro cuestiones trascendentes: la definición de Cataluña como nación, la defensa del uso público y privado de la lengua catalana, el blindaje de las competencias propias y la determinación de algunas pautas que fijaran criterios estables para la financiación de la Generalitat. Esas cuestiones han sido laminadas bien mediante su declaración de inconstitucionalidad o bien mediante la técnica de la llamada «interpretación conforme»: en el primer caso porque se han anulado algunos preceptos y en el segundo porque se ha cambiado el sentido de las normas interpretadas.

No vamos a entrar en el detalle ni de la Sentencia ni de los preceptos afectados por ella. Sí entraremos, en cambio, en el manejo de los conceptos constitucionales que se hallan detrás de algunos de esos grandes elementos y, en concreto, del concepto de Cataluña como nación y de la posición del Tribunal Constitucional en la determinación de las competencias autonómicas.

Sobre el concepto de Cataluña como nación las referencias estatutarias eran nimias y carecían de consecuencias jurídicas al encontrarse contemplado en el preámbulo y limitarse a constatar que el Parlamento catalán así lo había definido; además, se hacían y se hacen referencias a que los poderes de la Generalitat emanan del pueblo de Cataluña y que el autogobierno de Cataluña se fundamenta también en los derechos históricos del pueblo catalán. Todos estos

preceptos han sido vaciados de sentido jurídico mediante la interpretación; por tanto, se les niega cualquier virtualidad normativa. Pero conviene, no obstante, recordar que el artículo 2 de la Constitución, tras indicar que la Constitución se fundamente en la indisoluble unidad de la nación española (cosa que el Estatuto no cuestiona), reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones. Pues bien, ni el Tribunal ha dado relevancia alguna al concepto de nacionalidad, ni el desarrollo y aplicación de la propia Constitución le ha hecho merecedor de una sola referencia: eso es lo que se llama falta de normatividad de los preceptos constitucionales. El Tribunal se ha limitado a dar relevancia a la primera afirmación y dejar sin contenido la segunda, tal vez bajo la densa carga teórica de uno de sus miembros y parte de la exigua mayoría que ha apoyado la Sentencia. Al decir del magistrado Manuel Aragón Reyes, la Constitución está formada por normas de rango diferente: normas constitucionales primarias y normas constitucionales secundarias. Por tanto, añade, existe un poder constituyente primario y un poder constituyente secundario (la cita es de la revista *Autonomies*, núm. 20, pág. 184), con lo que, si ya en la propia Constitución existen normas de rango diferente, se desprende con facilidad el que el Tribunal pueda aplicar unas y dejar de aplicar otras. A esta observación añadía también que a tales aspectos jurídicos debían agregarse algunos aspectos políticos para que la Constitución consiguiera su función integradora: que los nacionalismos respectivos se movieran en niveles de perfil bajo; qué consideración tiene el nacionalismo de perfil alto o bajo en el Estatuto de Autonomía parece que ha quedado bastante claro: que no exista.

Cuestión similar sucede con la regulación sobre las competencias de la Generalitat, aunque en este supuesto el asunto se reviste de una trascendencia teórica de mayor alzada y quizás más preocupante. Los fundamentos jurídicos 57 a 59 abordan el tema *in extenso*. Parte la Sentencia de considerar que los estatutos no pueden contener normas destinadas a definir categorías constitucionales, lo que ha sido aceptado pacíficamente desde la STC 76/1983 pero en el sentido de que no caben preceptos que sean meramente interpretativos de la Constitución. Sin embargo, no es eso lo que se contiene en esta Sentencia: «Qué sea legislar, administrar, ejecutar o juzgar; cuáles sean los términos de relación entre las distintas funciones normativas y los actos y disposiciones que resulten de su ejercicio; cuál es el contenido de los derechos, deberes y potestades que la Constitución erige y regula son cuestiones que, por constitutivas del lenguaje en que ha de entenderse la voluntad constituyente, no pueden tener otra sede que la Constitución formal, ni más sentido que el prescrito por su intérprete supremo (art.1.1 LOTC)» –FJ 57.

Como puede observarse, el Tribunal no se sitúa como intérprete de la Constitución sino como «comisario del poder constituyente», en frase que consagró en su día el profesor García de Enterría, e, incluso, como poder constituyente directo. Se olvida así que el Tribunal Constitucional es un poder constituido y que no puede dar contenido alguno a la Constitución si la Constitución no tiene en sí misma ese contenido: interpretar es descubrir, no inventar. Se olvida también que la Constitución es un texto abierto a los más variados intérpretes encontrándose entre ellos, muy calificadamente, los legisladores ordinarios y el legislador estatutario. Y continúa con mayor contundencia aún: «La descentralización del ordenamiento encuentra un límite de principio en la necesidad de que las competencias cuya titularidad corresponde al Estado central, que pueden no ser finalmente las mismas en relación con cada una de las Comunidades Autónomas –en razón de las distintas atribuciones competenciales verificadas en los diferentes Estatutos de Autonomía–, consistan en facultades idénticas y se proyecten sobre las mismas realidades materiales allí donde efectivamente correspondan al Estado, si no se quiere que termine éste reducido a la impotencia ante la necesidad de arbitrar respecto de cada Comunidad Autónoma, no sólo competencias distintas, sino también diversas maneras de ser competente» (ibídem). Más aún: de forma directa se autocalifica de «poder constituyente prorrogado o sobrevenido», tal vez por la propia posición personal de varios de sus miembros cuyo mandato ha terminado, pero, desde luego, no puede afirmarlo seriamente si se considera que el órgano en sí mismo, al margen de su discutible composición actual, no es poder constituyente de ningún tipo.

Colocado en esa posición, no es extraña, pues, la prohibición al Estatuto de autonomía de que defina sus propias competencias, cosa que únicamente sería aceptable si ellas se acomodan «a la construcción normativa y dogmática que cabe deducir de nuestra jurisprudencia en cada momento histórico, es decir, sin que su formalización como expresión de la voluntad del legislador orgánico estatutario suponga un cambio en su cualidad normativa que será siempre, de no mediar una reforma expresa de la Constitución, la propia del ejercicio de nuestra jurisdicción». Dicho en otros términos: el Tribunal se convierte no sólo en el legislador directo sino también en monopolizador de la función normativa distribuidora del sentido y del contenido de los poderes correspondientes a las autonomías. Con ello desaparece también la función esencial del Estatuto de Autonomía, que ha de limitarse a una mera identificación genérica del «nomen» de las competencias y ha de dejar, no a la Constitución, sino al Tribunal Constitucional que acuda a la determinación de las categorías concretas que corresponden a la Comunidad Autónoma, a su alcance y significado. Por eso, en el

fundamento jurídico siguiente dice la Sentencia que los estatutos sí pueden describir meramente los significados a los que ha llegado la doctrina del Tribunal Constitucional pero no pueden usurpar su función que, por su propia naturaleza, se encuentra siempre en proceso de adaptación a las diversas y variables coyunturas en las que la Constitución se interpreta y aplica: «Tal es, en definitiva, el sentido que les cabe a las previsiones incluidas en los arts. 110, 111 y 112 EAC, constitucionalmente aceptables en la medida en que, con la referida voluntad de descripción y de sistema, se acomoden a la construcción normativa y dogmática que cabe deducir de nuestra jurisprudencia en cada momento histórico, es decir, sin que su formalización como expresión de la voluntad del legislador orgánico estatutario suponga un cambio en su cualidad normativa, que será siempre, de no mediar reforma expresa de la Constitución, la propia del ejercicio de nuestra jurisdicción. Esto es, sin que en modo alguno se sustraiga a este Tribunal la facultad de modificar o revisar en el futuro la doctrina ahora examinada en los preceptos examinados» –FJ 58. En resumidas cuentas: a ningún estatuto de autonomía, por mucho que forme parte del llamado bloque de la constitucionalidad, se le debe ocurrir delimitar el alcance de las propias competencias cuando puedan afectar a las competencias del Estado central; y como quiera que en cualquier relación bilateral la determinación del poder propio incide en la determinación del poder de la otra parte, se ha de llegar ineluctablemente a la conclusión de que una delimitación competencial que abarque no ya el detalle en el contenido sino la mera descripción explicativa de la misma invade el permanente campo de actuación del Tribunal Constitucional, bien como poder constituyente prorrogado o bien como voz parlante de una Constitución silente. Aunque, eso sí, después de un periodo reflexivo de cuatro años y la escasa renta de seis votos a cuatro a favor de considerar que la mayoría de los preceptos estatutarios se adecuaban a la Constitución; y todo ello en el bien entendido de que los cuatro votos disidentes abogaban por la casi inconstitucionalidad plena del Estatuto enjuiciado.

Ante lo que se acaba de indicar, si se agregan las opiniones de la mayoría con las opiniones de la minoría, el resultado es el de la desaparición del juicio de conocimiento y su sustitución por el juicio proveniente de la decisión política. Como detalle de uno de los votos particulares aunque podía ampliarse a otros varios, el magistrado Rodríguez-Zapata titula el apartado II del suyo con una afirmación extraña en una decisión jurisprudencial: «El EAC: un vicio colosal de incompetencia». Que un magistrado constitucional tenga esta debilidad de enjuiciamiento es bastante preocupante, especialmente si, además, se leen las observaciones con las que se concreta tan desafortunado título; pero esa no es la

cuestión. La cuestión es que no es admisible que se haya sustituido el juicio jurídico por el juicio político en un momento en que, además, se ha llegado a un punto en que el propio proceso de desarrollo constitucional se encuentra agotado: por un lado, el Tribunal Constitucional ya ha terminado un circuito de interpretación de la Constitución en lo referente al modelo de Estado y, por otro, asentado en sus raíces centralistas y duramente unitaristas, impide que el pacto político y jurídico representado por un nuevo Estatuto consiga sus resultados modernizadores. Ante tal tesitura no sólo es urgente la reforma de la Constitución; es también urgente la reforma del Tribunal Constitucional.

UNA VISIÓN GENERAL

Xavier Arbós Marín*

El primer problema de la Sentencia deriva del Tribunal que la ha dictado. El canciller Bismarck decía que las personas a quienes les gustan las salchichas y respetan las leyes no tendrían que ver cómo se hacen. La reflexión se puede trasladar perfectamente a la justicia constitucional española, porque la gestión de la Sentencia del Estatuto ha sido lamentable. Pudimos leer las filtraciones de la resolución en *El País* los días 17 y 18 de abril, seguidas en el mismo diario el día 20 por una carta al director de un magistrado en la que se refería a sus exigencias en las deliberaciones. La falta de reacción conocida, después de las primeras filtraciones y de la carta, lleva a pensar en el alcance que hay que dar al artículo 233 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), que impone el secreto a las deliberaciones de todos los tribunales. Es cierto que el artículo 80 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) remite a la aplicación supletoria de la LOPJ en una serie de supuestos donde no aparece lo relativo a las deliberaciones, pero no habría que invocar ningún precepto para mantener un mínimo de discreción. En el pasado, cuando se debatía lo que tenía que ser la Sentencia relativa al recurso de amparo presentado por dirigentes de Herri Batasuna, la STC 136/1999, de 20 de julio, alguien pasó antes a los medios un borrador de la resolución. El 7 de julio se hablaba de ello en las portadas de diarios como *La Vanguardia*, que el día 22 informaba de que el presidente del Tribunal, Pedro Cruz Villalón, había abierto una investigación, sin consecuencias conocidas. De la Sentencia que nos ocupa, el fallo se conoció oficialmente el 28 de junio, y el texto el 8 de julio. Ahora bien, el borrador de los fundamentos jurídicos de la Sentencia apareció el 2 de julio en la web de *El Periódico de Cataluña*; otra filtración. Pero en este último caso, a diferencia de lo que había pasado con las filtraciones iniciales en *El País*, se anunció la apertura de una investigación. Probablemente acabará sin resultados; siempre es difícil investigar una filtración, porque los responsables se esconden. Con respecto a la carta al director, firmada, nada de nada. Tenemos que pensar que la presidenta no debía considerar que eso fuera «violar la reserva propia de su función», a

* Xavier Arbós Marín, catedrático de derecho constitucional de la Universidad de Girona.

que se refiere el art. 23 LOTC como uno de los supuestos de cese de los magistrados.

Hay que recordar todo eso, al inicio, porque esta visión general pretende plantear los efectos de la Sentencia en un sistema de distribución territorial del poder como el que deriva de la Constitución de 1978. La pequeña y triste historia de la decisión del Tribunal pesará más sobre el prestigio de la institución que sobre la Sentencia propiamente dicha. No obstante, el Tribunal Constitucional es una pieza clave del sistema que no puede funcionar correctamente si el máximo intérprete de la norma suprema carece de credibilidad. Sabemos distinguir entre el rigor de las sentencias y el prestigio del Tribunal: son cosas diferentes, pero las vemos estrechamente ligadas si nos fijamos en la dimensión funcional de todo ordenamiento constitucional. En lo que dispone, y en lo que pospone, la Constitución de 1978 (CE) busca proteger a «todos los españoles y los pueblos de España» en sus derechos humanos, culturas y tradiciones, lenguas e instituciones. De acuerdo con estas expresiones del preámbulo, el artículo 2 CE, además de proclamar la indisoluble unidad española, establece el derecho a la autonomía de las nacionalidades y de las regiones que la componen. Este derecho se plasma en unos procedimientos de elaboración y reforma de los estatutos que, en el caso catalán, otorgan a los ciudadanos la última palabra en referéndum. Si entendemos que las normas sobre la distribución territorial del poder son normas materialmente constitucionales y tenemos en cuenta las posibilidades que ofrece el artículo 150.2 CE, podremos concluir que la Constitución territorial es abierta y relativamente flexible. Son dos características que tienen también caras inquietantes: la de la indeterminación de la distribución de competencias, que se puede alterar sin límites claros, y la de la inseguridad que provoca que esté a disposición del legislador y del electorado autonómico, y no del constituyente en el sentido más formal de la expresión. Pero todos los inconvenientes se tienen que comparar con la ventaja de tener un modelo capaz de responder a las aspiraciones políticas que se vayan presentando. Es un modelo que está en condiciones de cumplir la función originaria de encajar las aspiraciones de autogobierno tal como se van presentando, con ritmos y ambiciones diferentes. Hasta ahora, porque la Sentencia, en lugar de garantizar con la supremacía de la Constitución su capacidad de integrar la diversidad, parece haberla convertido en una carga que algunos empiezan a considerar insoportable.

Nadie puede negar al Tribunal lo que le da el artículo 27.1 LOTC: la posibilidad de realizar el control de la constitucionalidad de los estatutos. Lo que sí le tenemos que negar es que bloquee la capacidad de adaptación del modelo flexible que tenemos y él mismo se coloque allí donde le parezca. ¿Quién es el Tri-

bunal para decir dónde acaba el Estado autonómico? Lo plantea en términos así de rotundos: «En definitiva, si el Estado autonómico arranca con una Constitución única, concluye con una jurisdicción también única, conteniéndose la diversidad de órganos y funciones en las fases del proceso normativo que media entre ambos extremos» (FJ 42). Es cierto que la unidad jurisdiccional es un principio y hay que respetarlo. Pero tiene un alcance referido a la Administración, en el sentido orgánico y de gestión, del poder judicial: «base de la organización y funcionamiento de los tribunales» (art. 117.5 CE), y el Tribunal pretende que lo que afecta a la Administración de justicia, sometida también a la desconcentración que se impone a toda la Administración pública (art. 103.1 CE), venga a definir la forma de Estado. El Estado autonómico arranca desde la Constitución, pero no arranca ni «por» la Constitución ni su inicio coincide casualmente «con» ella. No cae del cielo de los conceptos, que el gran Ihering nos hizo conocer, sino que es el resultado de la acción política encauzada por las reglas constitucionales.

Con la defensa que hace de la centralización de la Administración de justicia, el Tribunal Constitucional marca una línea argumental de apariencia corporativa, en la medida en que trata de un poder del Estado, el judicial, formado por profesionales permanentes. En cambio, quienes forman el legislativo y el ejecutivo parecen estar de paso, con más espíritu de partido que de cuerpo. Y una diferencia suplementaria, relevante desde el punto de vista democrático: el poder legislativo es elegido directamente y ante él responde el ejecutivo. Por la apertura permanente a las iniciativas de los legisladores estatales y autonómicos, y por la participación de los ciudadanos, el modelo autonómico se encuentra vinculado a la democracia. Y ante eso, el Tribunal señala, como si fuera un muro, un principio organizativo de la Administración de justicia. Sabemos lo que nos espera, por si no nos lo habíamos imaginado.

Si éste es un límite de la evolución autonómica en el marco de la Constitución, el Tribunal se coloca a sí mismo, con toda su jurisprudencia, entre el texto y la voluntad política de los que tienen representación directa de los ciudadanos. El fundamento jurídico 58 nos demuestra que, a pesar de todas las peripecias, el Tribunal mantiene alta la autoestima: las «categorías y principios del modelo territorial de Estado [...] han sido objeto [...] de una definición jurisdiccional perfectamente acabada en su contenido sustantivo y que ha hecho posible reducirlos a unidad mediante su ordenación como sistema» (FJ 58). Algunos no creemos que todo haya resultado tan perfecto y claro, pero tendrá que ver con nuestras limitaciones. Hay que recordar que las colecciones jurisprudenciales no son tratados académicos. Sin el *writ of certiorari* que le permita programar la

expresión de su doctrina, el Tribunal Constitucional resuelve recursos y cuestiones de inconstitucionalidad, de alcance concreto. Al describir su tarea como si fuera una definición sistemática de la Constitución e ignorar que su papel es el «de intérprete supremo» (art. 1.1 LOTC), parece querer negarse a que un Estatuto le haga cambiar su jurisprudencia. Sería lo adecuado, dado que el nuevo Estatuto se convertiría en parte del bloque de la constitucionalidad en los términos del art. 28.2 LOTC. Si la reticencia del Tribunal va por aquí, como a mí me parece, el problema institucional es muy serio, porque el legislador democrático del Estado de las autonomías no podrá intervenir en lo que la Constitución deja abierto. El Tribunal Constitucional lo habrá cerrado.

Quizás estas ideas son demasiado precipitadas y pesimistas. En todo caso, si la gestación me ha parecido catastrófica, la Sentencia en sí misma puede admitir consideraciones positivas. Así, y a modo de ejemplo, resulta interesante lo que dice en el fundamento jurídico 16 sobre los derechos en el Estatuto, deshaciendo algunas críticas sobre su inclusión. En el fundamento jurídico 32, me parecen dignos de consideración algunos argumentos para rechazar el carácter vinculante (artículo 76.4 del Estatuto) de algunos dictámenes del Consejo de Garantías Estatutarias. Y creo que la doctrina sobre la lengua no comporta el cambio de la normativa educativa correspondiente. De todas estas cuestiones, el lector encontrará en este número análisis más detallados y mejores de los que yo podría hacer aquí. Seguro que el balance será variado y lleno de matices. En todo caso, habrá que esperar unos años para ver lo que produce la nueva doctrina con ocasión de futuras impugnaciones de leyes catalanas. De momento iremos escuchando debates sobre el grado en que se ha llenado la botella. Para algunos está medio llena y para otros medio vacía; yo constato que no se han satisfecho del todo aspiraciones que pretendían asegurar y aumentar nuestro nivel de autogobierno, dotándolo de medios suficientes para su ejercicio. En otras palabras, medio llena o medio vacía, se tendría que haber llenado más. Y para terminar, lo que me parece más inquietante es la fuerza de los que opinan que la botella está mal diseñada y que habría que tapparla de una vez.

BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA SENTENCIA 31/2010

Mercè Barceló i Serramalera*

El efecto de desactivación del Estatuto de 2006 por parte de la Sentencia 31/2010 es patente. Y ello aunque la reforma estatutaria pocas innovaciones jurídicas introduce más allá de un intento de blindar las competencias autonómicas, por una parte, y de estatutorizar el modelo lingüístico ya consolidado legalmente, por otra; porque el resto de novedades –es sólo una opinión– se han mantenido en un terreno más bien simbólico con ninguna o, en todo caso, escasas consecuencias efectivas en cuanto al incremento cualitativo del poder autonómico (apelación a la nación catalana en el preámbulo, reconocimiento de los derechos históricos, llamamiento al principio de bilateralidad, introducción de un título dedicado a los derechos y otro al poder judicial emulando, así, forma de texto constitucional). A pesar de ello, como decía, el efecto de desactivación de la reforma estatutaria resulta francamente manifiesto. Pero lo es, precisamente, no por lo que desactiva la sentencia –un texto poco activo normativamente de forma inmediata– sino por el estudiado cuidado que trasluce evidenciando una respuesta contundente a cualquier veleidad estatutaria transformadora del Estado autonómico. Tal es el ansia de la sentencia en demostrarlo que, alejándose de criterios hermenéuticos comúnmente utilizados, difícilmente resiste un examen mínimamente riguroso desde el ámbito jurídico al que se debe.

En efecto, y para empezar, la STC 31/2010 prescinde de una constante aceptada por la propia jurisprudencia de acuerdo con la cual todo enjuiciamiento de la ley tiene que partir del principio de presunción de su constitucionalidad. Esta falta de deferencia al legislador, con efectos devastadores para el Estatuto encausado, es consecuencia de los dos *a priori* interpretativos que sostienen esta resolución judicial: por una parte, la pérdida de estatus diferenciado del estatuto de autonomía dentro de la categoría de las leyes, prescindiendo de la doctrina hasta el momento mantenida sobre la relevancia de los estatutos en el sistema constitucional; por otra, la revelación de un nuevo concepto de poder constituyente del que pasa a formar parte el propio Tribunal Constitucional.

Ciertamente, el arranque de la Sentencia, así como el del recurso de in-

* Mercè Barceló i Serramalera, catedrática de derecho constitucional de la Universidad Autónoma de Barcelona.

constitucionalidad planteado, se encuentra precisamente en el valor y posición de los estatutos de autonomía en el sistema de fuentes. Pero justo se acababa de decir en la STC 247/2007 (FFJJ 6 y 7) que los estatutos son una categoría especial de ley,¹ con una posición subordinada a la Constitución aunque parte del llamado «bloque de la constitucionalidad»,² con carácter paccionado,³ con una superior resistencia frente al resto de leyes orgánicas,⁴ con la función de delimitar directamente las competencias autonómicas e indirectamente las del Estado en cada territorio,⁵ y con el único parámetro de validez en la propia Constitución,⁶ cuando en la STC 31/2010 se recuerda insistentemente que los estatutos son normas subordinadas a la Constitución –evidentemente que lo son– y que como norma suprema del ordenamiento la Constitución no admite ni iguales ni superiores, sino sólo normas que le están jerárquicamente sometidas en to-

1. «Los Estatutos de Autonomía [...] fundan la Comunidad Autónoma, la dotan del correspondiente poder político y permiten el natural desenvolvimiento de dicho poder mediante la emanación de leyes en sus ámbitos de competencia, desarrollándolas reglamentariamente y aplicándolas a través, respectivamente, de sus Consejos de Gobierno y de sus Administraciones públicas. Cobra, así, sentido la calificación constitucional de los Estatutos como «norma institucional básica» de la correspondiente Comunidad Autónoma [...]».

2. «Los Estatutos de Autonomía, en su concreta posición, subordinada a la Constitución, la complementan, lo que incluso se traduce de modo significativo en su integración en el parámetro de apreciación de la constitucionalidad de las Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley, tanto estatales como autonómicas (art. 28.1 LOTC), de manera que forman parte de lo que hemos llamado «bloque de la constitucionalidad» (SSTC 66/1985, de 23 de mayo, FJ 1; 11/1986, de 28 de enero, FJ 5; 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 5, entre otras muchas)».

3. «La tercera característica de los Estatutos de Autonomía es, asimismo, consecuencia del carácter paccionado de su procedimiento de elaboración y, sobre todo, de reforma. Se trata de la rigidez de que los Estatutos están dotados; rigidez que es garantía del derecho a la autonomía que se ha ejercido y que refuerza su naturaleza de norma de cabecera del correspondiente ordenamiento autonómico».

4. «[...] en el sistema de relaciones existente entre los Estatutos de Autonomía y las leyes orgánicas previstas en la Constitución no puede desconocerse tampoco la diferente posición de los Estatutos respecto de las leyes orgánicas como consecuencia de la rigidez que los caracteriza. Su procedimiento de reforma, que no puede realizarse a través de su sola aprobación por las Cortes Generales, determina la superior resistencia de los Estatutos sobre las leyes orgánicas, de tal forma que éstas (salvo las de su propia reforma *ex art. 147.3 CE*), por la razón señalada, no pueden modificarlos formalmente».

5. «En definitiva, del indicado sistema de reparto competencial establecido por la Constitución en su art. 149, se deriva que los Estatutos atribuyen competencias a las Comunidades Autónomas en ejercicio del principio dispositivo que la Constitución les reconoce y, al hacerlo, también determinan las del Estado. Ello es así porque al atribuir el Estatuto competencias a la Comunidad Autónoma, quedan precisadas las que el Estado no tiene en el correspondiente territorio (art. 149.3, primer inciso, CE); por el contrario, las competencias que el Estatuto no haya atribuido a la Comunidad Autónoma permanecen en el acervo competencial del Estado (art. 149.3, segundo inciso, CE). De este modo, la función atributiva de competencias a la Comunidad Autónoma produce, como efecto reflejo, la delimitación de las que corresponden al Estado en el territorio autonómico de que se trate».

6. «[...] el único parámetro para enjuiciar la validez constitucional de una disposición incluida en un Estatuto de Autonomía es la propia Constitución; esto es, la constitucionalidad de un precepto estatutario sólo puede enjuiciarse sobre la base de su conformidad con la Norma fundamental».

dos los órdenes –eso también resulta obvio–; se recuerda, asimismo, que los estatutos son leyes orgánicas –ninguna novedad–, de manera que su posición en el sistema de fuentes es la característica de las leyes orgánicas de acuerdo con los criterios de competencia y de jerarquía (FJ 3);⁷ finalmente, y con respecto a su contenido, se hace presente que los estatutos de autonomía son normas que atribuyen competencias a las comunidades autónomas pero en ningún caso al Estado (FJ 4), y normas que no pueden traspasar los ámbitos inconfundibles del poder constituyente (FJ 5).⁸

El problema, por lo tanto, no es tanto lo que se dice sino lo que no se dice y que acababa de formularse en la STC 247/2007: no se habla del carácter pacificado del estatuto (lo que lleva a tratarlo como una ley autonómica que pretende imponer obligaciones de forma unilateral al Estado),⁹ ni de su resistencia frente al resto de leyes orgánicas, ni de la función que cumple en el sistema en cuanto a distribución y concreción en cada territorio del poder estatal (tanto de la Comunidad Autónoma de forma directa, como del Estado de forma indirecta), ni se recuerda que el único parámetro de validez en su enjuiciamiento es la Constitución y no otras leyes orgánicas. Nada de todo eso sale ahora a relucir porque lo que precisamente conviene subrayar es la sumisión del Estatuto a la Constitución y la interpretación *auténtica e indiscutible* que de ella realiza el Tribunal Constitucional (FJ 57).

7. «La ley orgánica es, en definitiva, jerárquicamente inferior a la Constitución y superior a las normas infralegales dictadas en el ámbito de su competencia propia; y es condición de la invalidez causada desde la Constitución respecto de aquellas normas que, desconociendo la reserva de ley orgánica, infringen mediatamente la distribución competencial ordenada desde la norma jerárquicamente suprema. La reserva de ley orgánica no es siempre, sin embargo, la reserva a favor de un género, sino que en ocasiones se concreta en una de sus especies. Tal sucede, por ejemplo, con la reguladora del Poder Judicial (art. 122.1 CE) y, justamente, con cada una de las leyes orgánicas que aprueban los distintos Estatutos de Autonomía. La ley orgánica no es en estos casos una forma fungible, sino que, en relación con las concretas materias reservadas a una ley orgánica singular, las restantes leyes orgánicas se relacionan también de acuerdo con el principio de la distribución competencial. Así las cosas, la posición relativa de los Estatutos respecto de otras leyes orgánicas es cuestión que depende del contenido constitucionalmente necesario y, en su caso, eventualmente posible de los primeros».

8. «En segundo lugar, a la expansividad material de los Estatutos se oponen determinados límites cualitativos. Precisamente aquellos que definen toda la diferencia de concepto, naturaleza y cometido que media entre la Constitución y los Estatutos, como son cuantos delimitan los ámbitos inconfundibles del poder constituyente, por un lado, y de los poderes constituidos, por otro. En particular, los que afectan a la definición de las categorías y conceptos constitucionales, entre ellos la definición de la competencia de la competencia que como acto de soberanía sólo corresponde a la Constitución, inaccesibles tales límites a cualquier legislador y sólo al alcance de la función interpretativa de este Tribunal Constitucional (STC 76/1983, de 5 de agosto, *passim*)».

9. En idéntico sentido, conclusión 2 del «Informe sobre la STC que resol el recurs d'inconstitucionalitat presentat per 50 diputats i senadors del *Partido Popular* contra l'Estatut d'Autonomia de Catalunya».

Y aquí es cuando se llega al segundo de los apriorismos que vertebran el hilo interpretativo de la Sentencia comentada y que le sirven para debilitar hasta la desaparición el principio de presunción de constitucionalidad de las leyes: se nos revela –como se ha anunciado– un nuevo concepto de poder constituyente del que pasa a formar parte el propio Tribunal Constitucional; y se descubre, así, que los estatutos de autonomía no pueden definir la competencia de la competencia, ya que este cometido corresponde al mismo Tribunal: «En su condición de intérprete supremo de la Constitución, el Tribunal Constitucional es el único competente para la definición auténtica –e indiscutible– de las categorías y principios constitucionales. Ninguna norma infraconstitucional, justamente por serlo, puede hacer las veces de poder constituyente prorrogado o sobrevenido, formalizando uno entre los varios sentidos que pueda admitir una categoría constitucional. Ese cometido es privativo del Tribunal Constitucional» (FJ 57).

Claro está, pues, que a partir de esta premisa se diluye cualquier deferencia al legislador y la interpretación jurídica da paso a la decisión arbitraria (entiéndase como posibilidad de decisión no reglada según los cánones de la interpretación jurídica por el hecho de autoproclamarse el Tribunal poder constituyente) en la resolución de las inconstitucionalidades planteadas. Claro está, también, que esta circunstancia es la que exime de realizar esfuerzo alguno en la pretensión de entender la Sentencia 31/2010 desde parámetros jurídicos comúnmente aceptados.

No extraña, por lo tanto, que la Sentencia comentada declare la inconstitucionalidad del artículo 6.1 EAC indicando que la «preferencia» del catalán va en perjuicio del «equilibrio inexcusable entre dos lenguas igualmente oficiales» (FJ 14, *a*) y acto seguido niegue al catalán la virtualidad de desarrollar un deber de conocimiento (FJ 14, *b*), sin recordar ahora aquel inexcusable equilibrio. No extraña que ante la impugnación del artículo 38.2 EAC, el cual no precisa a qué legislador corresponde regular el recurso ante el Tribunal Superior de Justicia en defensa de los derechos estatutarios, la Sentencia responda que las leyes sobre las garantías procesales de los mencionados derechos «*obviamente sólo pueden ser las del Estado*» (FJ 27). No extraña que la declaración de inconstitucionalidad del carácter vinculante del Consejo de Garantías Estatutarias –una institución propia y privativa de la Generalitat y ante la cual la deferencia al legislador estatutario hubiera tenido que extremarse– se fundamente en una doble y alternativa petición de principio: «Si el dictamen del Consejo es vinculante [...], ha de entenderse que un juicio negativo impedirá, en el primer caso, la tramitación de la iniciativa o, en su caso, la continuación del debate en sus términos originales,

y en el segundo supuesto, la publicación de la ley y su entrada en vigor. Lo primero supondría una inadmisibile limitación de la autoridad y las competencias parlamentarias, con grave quebranto de los derechos de participación política reconocidos por el art. 23 CE, en garantía de la libertad parlamentaria propia de los sistemas democráticos; lo segundo configuraría el control ejercido por el Consejo en términos demasiado próximos (materialmente equivalentes, desde luego) a un control jurisdiccional sobre normas legales enteramente perfeccionadas en su contenido, perjudicándose entonces el monopolio de rechazo de las normas con fuerza de ley reservado por el art. 161 CE a este Tribunal» (FJ 32). No extraña que se encuentren diseminadas por el texto de la Sentencia innumerables referencias a la unidad, muchas de las cuales se concentran en el examen del título III del Estatuto («Del Poder Judicial en Cataluña») donde se dice pomposamente pero con bajo significado jurídico que «En definitiva, si el Estado autonómico arranca con una Constitución única, concluye también con una jurisdicción también única, conteniéndose la diversidad de órganos y funciones en las fases del proceso normativo que media entre ambos extremos. La unidad de la jurisdicción y del Poder Judicial es así, en el ámbito de la concreción normativa, el equivalente de la unidad de la voluntad constituyente en el nivel de la abstracción» (FJ 42). No extraña que tras la declaración de inconstitucionalidad y nulidad del artículo 97 EAC referido al Consejo de Justicia de Cataluña, fundamentada de nuevo en un axioma («Atendida la configuración constitucional del Poder Judicial a la que nos hemos referido en los Fundamentos precedentes, es notorio que el Estatuto catalán incurre en un evidente exceso al crear en el art. 97 un Consejo de Justicia de Cataluña al que se califica como «órgano de gobierno del poder judicial en Cataluña» y cuyos actos lo serían de un «órgano desconcentrado del Consejo General del Poder Judicial», siendo así que el Poder Judicial [...] no puede tener más órgano de gobierno que el Consejo General del Poder Judicial, cuyo estatuto y funciones quedan expresamente reservados al legislador orgánico (art. 122.2 CE)», FJ 47), se examinen las atribuciones del Consejo de Justicia de Cataluña (art. 98 EAC), es decir, las atribuciones de un órgano ya inexistente. Y no extraña tampoco, tal como se expone con más detalle en el comentario publicado en este mismo número sobre las normas competenciales, que cuando la sentencia examina el título IV del Estatuto unos preceptos se declaren inconstitucionales (art. 111) y otros, con la misma evidencia de inconstitucionalidad según los razonamientos jurisprudenciales, sean reinterpretados expresándolo así en el fallo (arts. 110 y 112); que, en ocasiones, algunos de los preceptos reinterpretados se lleven al fallo y no, en cambio, en otras; y que el parámetro de constitucionalidad, en el análisis que se hace de los

listados competenciales estatutarios, esté constituido exclusivamente por las competencias estatales reinterpretadas de acuerdo con la jurisprudencia constitucional y no formen parte, en cambio, las otras opciones que ofrece el propio texto constitucional.

En definitiva, no extraña ninguna de estas decisiones adoptadas en la STC 31/2010 –se han puesto sólo unos ejemplos– cuando de forma expresa y sin cautelas se deja anunciado que el parámetro de validez para enjuiciar cualquier precepto estatutario no es ya sólo la Constitución (SSTC 99/1986, 247/2007), sino la propia jurisprudencia constitucional que actúa en sustitución del poder constituyente mientras no se actualiza el texto constitucional a través de su reforma.

A partir de aquí, el activismo judicial liberado en la Sentencia 31/2010, con pasajes que incluso dejan entrever una agresividad inusual e impropia en este tipo de resoluciones (el expresidente González convenía que «la Sentencia contiene afirmaciones políticas ofensivas»), consigue el propósito (explicitado por algún magistrado decisivo en el sentido de la decisión; pero éste es un tema que tratan otros autores en esta Revista) de vaciar de contenido el Estatuto, allí donde lo tiene y allí donde sólo lo tiene simbólicamente.

UNA VISIÓN GLOBAL DE LA SENTENCIA

Joaquim Ferret Jacas*

La aceptación de la función constitucional amplia de los estatutos

Como señala al principio de los fundamentos jurídicos la propia Sentencia, se trata de la primera vez en que se impugna *in extenso* un estatuto de autonomía. El Tribunal se ha encontrado ante una tarea difícil. De su decisión dependía una norma de especial rango: una ley orgánica sometida a referéndum, que es la norma institucional básica de una comunidad autónoma. Pero al mismo tiempo, la decisión sobre esta norma significaba tomar partido sobre la evolución del modelo de organización territorial del Estado. No hay que olvidar que en términos políticos y jurídicos la impugnación se basaba en la idea de que todo el proceso de reforma estatutaria era una reforma encubierta de la Constitución.

El Tribunal tenía tres caminos: considerar que efectivamente la reforma estatutaria globalmente se había salido de lo que es la materia propia de los estatutos, aceptar plenamente que los estatutos son norma adecuada para complementar la Constitución en la configuración institucional de las comunidades autónomas u optar por una tercera vía a medio camino de las anteriores. La tercera ha sido la opción adoptada. Es la opción del medio, pero en el medio no está siempre la virtud.

Por lo que se deduce de la Sentencia y de los votos particulares, el debate esencialmente se produjo entre la primera y la tercera opción. La segunda, por lo visto, no tenía prácticamente apoyo entre los magistrados constitucionales. De aquí se deduce ya que un mecanismo ambicioso y potente como el del Estatuto catalán tenía que salir gravemente dañado de la Sentencia.

Ciertamente, en el supuesto de una anulación de un gran número de artículos la situación sería diferente de la que se ha producido. El Estatuto de 2006 habría dejado de ser operativo. Se tendría que haber iniciado un nuevo proceso estatutario o una difícil operación interpretativa con el de 1979, considerando

* Joaquim Ferret Jacas, catedrático de derecho administrativo de la Universidad Autónoma de Barcelona.

que no estaba derogado en su totalidad. Por otra parte es evidente que una interpretación puede cambiar con otra posterior y que las interpretaciones tienen que ser a su vez interpretadas.

En la solución adoptada, el Estatuto de 2006 puede continuar funcionando; sin embargo, como veremos, se han afectado aspectos esenciales no tanto de las competencias sino de la calidad política de estas competencias.

Una Sentencia interpretativa

Aceptada la función constitucional amplia de los estatutos de autonomía, la Sentencia, si quería corregir las soluciones estatutarias, tenía que adoptar la vía de la sentencia interpretativa. Ésta ha sido en esencia la opción seguida –sin perjuicio de algunas declaraciones de inconstitucionalidad. La técnica de las sentencias interpretativas ha sido seguida en muchas ocasiones por la jurisdicción constitucional. Es sin duda una técnica útil y que evita una declaración de inconstitucionalidad innecesaria. Es una obviedad, sin embargo, que es imposible agotar todas las posibilidades de interpretación inconstitucional. Las posibilidades de caer en inconstitucionalidad son siempre infinitas.

Cuando el Tribunal Constitucional no se limita a pronunciarse sobre una interpretación claramente posible, sino que se lanza a una extensa pluralidad de supuestos, está cambiando su función. En estos casos no demuestra una mayor deferencia con el legislador evitando la declaración de inconstitucionalidad, sino que, al contrario, invade su campo y pasa a efectuar auténticas funciones legislativas.

La Sentencia está impregnada de recelo y desconfianza respecto a la norma estatutaria. El Tribunal se cree en el deber de evitar hipotéticos males futuros. Un ejemplo límite de lo que estamos diciendo es la inclusión en la parte decisoria («fallo») de la declaración de ineficacia jurídica interpretativa de las referencias del preámbulo a «Cataluña como nación» y a la «realidad nacional de Cataluña». Los preámbulos no tienen valor normativo, aunque sí interpretativo. El Tribunal Constitucional hasta ahora había sostenido la imposibilidad de impugnación autónoma de los preámbulos o exposiciones de motivos y, consiguientemente, de un pronunciamiento autónomo sobre éstos. En este caso, por la importancia del preámbulo en el Estatuto, cambia su opinión. Pero lo que hay que destacar es el razonamiento por el que llega a su pronunciamiento. El Tribunal acepta que: «De la nación puede, en efecto, hablarse como una realidad cultural, histórica, lingüística, sociológica y hasta religiosa». Pero resalta que

desde un punto de vista constitucional la única nación dotada de soberanía es la nación española. No parece que este razonamiento exigiera un pronunciamiento específico en la parte decisoria («fallo»). Hay que decir que el pronunciamiento es difícil de interpretar. ¿La nación no tiene valor interpretativo en el sentido de nación soberana o en ningún sentido? Cuando en el preámbulo lo que se afirma es que el Parlamento de Cataluña ha declarado que Cataluña es una nación, ¿no debe aceptarse como puro hecho histórico?

La explicación de la actitud del Tribunal la encontramos en el propio texto de la Sentencia: «[...] cabe, en particular, la defensa de concepciones ideológicas que, basadas en un determinado entendimiento de la realidad social, cultural y política, pretendan para una determinada colectividad la condición de comunidad nacional, incluso como principio desde el que procurar la conformación de una voluntad constitucionalmente legitimada para, mediando la oportuna e inexcusable reforma de la Constitución, traducir ese entendimiento en una realidad jurídica. En tanto, sin embargo, ello no ocurra, las normas del Ordenamiento no pueden desconocer, ni inducir al equívoco en punto a la «indisoluble unidad de la Nación española» proclamada en el art. 2 CE, pues en ningún caso pueden reclamar para sí otra legitimidad que la que resulta de la Constitución proclamada por la voluntad de esa Nación, ni pueden tampoco, al amparo de una polisemia por completo irrelevante en el contexto jurídico-constitucional que para este Tribunal es el único que debe atender, referir el término «nación» a otro sujeto que no sea el pueblo titular de la soberanía». La larga cita está justificada porque se trata de un ejemplo paradigmático de juicio de intenciones. El carácter polisémico del término *nación* puede llevar a no se sabe quién a un proceso independentista que no siga los procedimientos establecidos constitucionalmente. Es difícil establecer desde un punto de vista jurídico la relación entre este futuro comportamiento inconstitucional y lo que dispone el Estatuto, pero el Tribunal, en un activismo que desvirtúa el sentido de las sentencias interpretativas, hasta en el caso de un preámbulo no impugnado independientemente se siente obligado a pronunciarse.

La imposibilidad de delimitación de las competencias estatales: pérdida de garantías

Si se tuviera que señalar el objetivo fundamental del Estatuto de 2006 creo que sería el del «blindaje» de las competencias. El desarrollo del Estado de las autonomías ha significado la gestión de una cantidad de cuestiones muy importan-

te por parte de las comunidades autónomas. Cuantitativamente, el sistema autonómico español resiste la comparación con los modelos federales. Pero el problema, desde la preocupación por el autogobierno de las comunidades autónomas y, en particular, de Cataluña, es el de la calidad política de las competencias asumidas. La difícil determinación de la separación entre materias competenciales y los límites de las competencias básicas estatales han sido las dos vías de debilitamiento del autogobierno. El prolijo esfuerzo del Estatuto por el establecimiento detallado de competencias en submaterias pretendía poner límite a la posibilidad invasiva de las competencias estatales. La Sentencia ha significado la desactivación de los mecanismos garantistas.

Para la Sentencia, el establecimiento de las categorías competenciales es materia constitucional y sólo con un carácter descriptivo se puede considerar en los estatutos de autonomía. La propia Sentencia reconoce cierta indefinición del texto constitucional. Sin embargo, en un salto cualitativo, el Tribunal no sólo se reconoce como máximo intérprete de la Constitución, sino que prácticamente se convierte en único colaborador del poder constituyente. Los estatutos no pueden tener ninguna función de completar la determinación de las indefiniciones constitucionales. El Tribunal Constitucional, como un nuevo poder constituyente, es quien regula la competencia de la competencia: «Tal es, en definitiva, el sentido que les cabe a las previsiones incluidas en los artículos 110, 111 y 112 EAC, constitucionalmente aceptables en la medida en que, con la referida voluntad de descripción y de sistema, se acomoden a la construcción normativa y dogmática que cabe deducir de nuestra jurisprudencia en cada momento histórico, es decir, sin que su formalización como expresión de la voluntad del legislador orgánico estatutario suponga un cambio en su cualidad normativa, que será siempre, de no mediar una reforma expresa de la Constitución, la propia del ejercicio de nuestra jurisdicción. Esto es, sin que en modo alguno se sustraiga a este Tribunal la facultad de modificar o revisar en el futuro la doctrina ahora formalizada en los preceptos examinados».

Consecuencia de este planteamiento son la ineficacia del artículo 110 para evitar la invasión por el Estado de las competencias exclusivas, la declaración de inconstitucionalidad sobre que las bases tengan forma de ley y carácter principal o el no reconocimiento de potestades reglamentarias, más allá de las meramente organizativas, en el caso de las competencias de ejecución.

Hay que subrayar que no se trata simplemente de que el Tribunal diga que en un hipotético conflicto tendrá la última palabra y que obviamente hará prevalecer la Constitución sobre el Estatuto. El Tribunal no acepta la necesidad de tener en cuenta el Estatuto para la determinación de la competencia, cuando se

trate de las categorías competenciales y no de la simple lista de materias. Se produce un cambio significativo en la jurisprudencia constitucional.

En esta lógica, las normas estatutarias están siempre sometidas a las competencias básicas del Estado sin necesidad de ninguna valoración. Así, las materias que el artículo 84.2 del Estatuto declara que tienen que ser objeto de competencias propias de los gobiernos locales están supeditadas a lo que disponga el legislador básico: «[...] ha de descartarse que el precepto desplace o impida el ejercicio de la competencia estatal en materia de bases del régimen local *ex art. 149.1.18 CE* [...]». Téngase en cuenta que la organización de los poderes locales es una materia propia de los Estados miembros en los Estados federales. De acuerdo con la Sentencia (siendo el mismo legislador), el legislador estatutario es mucho menos de fiar que el legislador básico.

La Sentencia, además de los supuestos ya mencionados, significa una desaparición general de los mecanismos garantistas. En el terreno de las finanzas, las previsiones estatutarias ceden ante las decisiones del legislador estatal orgánico o presupuestario y los mecanismos bilaterales se someten a los de carácter multilateral. Con respecto a los derechos históricos, se excluye de manera radical la aplicación a Cataluña de la Disposición adicional primera de la Constitución con lo cual desaparece una posibilidad importante de garantía de competencias.

Una Sentencia manipuladora

El activismo de la Sentencia va más allá de la sentencia interpretativa y en algunos casos deviene en sentencia manipuladora. El Consejo de Justicia de Cataluña se convierte en un órgano de la Generalitat, cuando la voluntad estatutaria es que sea un órgano desconcentrado del Consejo General del Poder Judicial. Las veguerías pueden ser unos nuevos entes locales independientes de las diputaciones, cuando el artículo 91.3 del Estatuto dispone claramente que los consejos de veguería sustituyen a las diputaciones. También en el campo de las finanzas se puede ver la creatividad casi legislativa de la Sentencia. En general, el Tribunal realiza opciones políticas por motivos de oportunidad política. Por ejemplo, cuando argumenta el criterio de la dificultad de unas bases diferentes para las comunidades autónomas. Ésta no es una cuestión de constitucionalidad, sino de problemas de política legislativa.

Las consecuencias de la Sentencia: aumento de la conflictividad y cambio de modelo

La anulación de pocas normas provocará que la Sentencia no tenga efectos muy notorios a corto plazo. No es difícil, sin embargo, prever un aumento de la conflictividad por dos motivos. El primero porque continúan vigentes preceptos sin fuerza normativa práctica que contrastarán con la legislación estatal y serán una puerta abierta al conflicto. La segunda, porque en materia lingüística, aun aceptando globalmente el modelo actual, se han realizado afirmaciones ambiguas (especialmente sobre el castellano como lengua vehicular de la enseñanza y sobre la disponibilidad lingüística en establecimientos privados) que son una invitación a la conflictividad.

Más importante que la anterior es la significación de la Sentencia como punto de inflexión. En la evolución federalizante del modelo territorial, la Sentencia supone un intento de poner punto final e iniciar un proceso de recomposición del Estado de las autonomías. La Sentencia dificulta avanzar en el modelo federal. Se orienta hacia un modelo regionalista y puede ocasionar la búsqueda de nuevos modelos paradójicamente contrarios a su espíritu: soluciones pragmáticas basadas en una bilateralidad nada querida por la Sentencia o incluso soluciones contrarias a la indisolubilidad tantas veces proclamada en la resolución jurisdiccional.

VALORACIÓN GENERAL

Joaquín Tornos Mas*

1.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010 ha modificado de forma sustancial el contenido del Estatuto de Cataluña, dejando sin efecto muchos de sus objetivos.

Esta afirmación tiene en cuenta todo el contenido de la Sentencia, es decir, los preceptos declarados inconstitucionales, las interpretaciones llevadas a cabo en el fallo y las interpretaciones de muchos otros preceptos que después no se han reflejado en el fallo. El reiterado uso que hace la Sentencia de las técnicas propias de las sentencias de rechazo y de las interpretaciones conformes a la Constitución obliga a esta lectura completa y pausada de todos los fundamentos jurídicos si se quiere tener una visión real de la Sentencia y de sus efectos.

El valor jurídico de los preceptos del Estatuto no declarados inconstitucionales, después de la Sentencia, viene determinado en muchos casos por el contenido de los fundamentos jurídicos de la doctrina del Tribunal. La Sentencia adquiere de esta manera la naturaleza de un «manual de instrucciones» para conocer el valor real de los preceptos estatutarios y como tal se convierte en imprescindible para el operador jurídico que quiere aplicar el Estatuto. En este sentido, la Sentencia adquiere cierto contenido normativo. El Estatuto no se puede entender si no va acompañado de este manual de instrucciones.

2.

¿Cuáles eran los objetivos fundamentales del nuevo Estatuto? La tramitación del nuevo Estatuto de Autonomía fue justificada por las fuerzas políticas catalanas mayoritarias como un instrumento para alcanzar un mayor nivel de autog-

* Joaquín Tornos Mas, catedrático de derecho administrativo de la Universidad de Barcelona.

bierno. El Estatuto era la herramienta jurídica que tenía que permitir definir los nuevos límites con respecto al contenido del autogobierno, garantizar esta autonomía, imponer al Tribunal Constitucional una reinterpretación de su jurisprudencia y hacer realidad el reconocimiento de un Estado plurinacional que admite la singularidad catalana dentro del Estado español.

El contenido de la autonomía se ampliaba con la incorporación de los derechos estatutarios, la regulación del régimen local, la incorporación de un título sobre el poder judicial, la definición del alcance funcional y material de las competencias propias, la regulación de las relaciones de la Generalitat con el Estado español, las otras comunidades autónomas y la Unión Europea, así como la definición de los principios generales del sistema de financiación.

La garantía de este nivel superior de autogobierno se vinculaba con el hecho de su incorporación al texto estatutario, norma que según los defensores de la reforma estatutaria se impone por el principio de competencia a las leyes que lo apliquen y que por el hecho de formar parte del bloque de constitucionalidad tendría que permitir una nueva jurisprudencia del Tribunal Constitucional vinculada a esta ampliación de la autonomía.

El reconocimiento del Estado plurinacional y la singularidad catalana se conseguía por la referencia en el preámbulo a la nación catalana y por el reconocimiento en el artículo quinto de los derechos históricos del pueblo catalán como fundamento del autogobierno de Cataluña.

3.

La Sentencia, con razonamientos breves y con constante referencia a su propia doctrina, va dejando sin contenido estos objetivos en sus fundamentos jurídicos, aunque los artículos o parte de artículos finalmente declarados inconstitucionales sólo sean catorce.

Los principales argumentos sobre los que se construye el conjunto de la Sentencia son los siguientes:

- a) El concepto de *nación* es polisémico, pero como concepto jurídico y constitucional la Constitución no reconoce ninguna otra nación que la española. Para anular cualquier interpretación contraria (la Sentencia tiene muchas veces esta naturaleza preventiva) se dice que la afirmación que se contiene en el preámbulo (el simple reconocimiento de un hecho, que el

Parlamento catalán ha definido a Cataluña como nación) no puede tener ningún valor interpretativo de los preceptos estatutarios.

La referencia a los derechos históricos queda totalmente desvirtuada. Según la Sentencia, esta figura constitucional está reservada a los territorios forales y no es fundamento de la existencia en derecho de la Generalitat y de su derecho al autogobierno, ya que la Generalitat sólo puede encontrar su fundamento en la Constitución.

Se niega la existencia de un Estado plurinacional al reforzar la idea de una única fuente de soberanía en la nación española y se impide un trato diferenciado a partir de unos derechos históricos de alcance indeterminado.

b) El Estatuto de autonomía tiene un contenido necesario, artículo 147.2 CE, pero también un contenido implícito en tanto que norma institucional básica de la comunidad autónoma.

Admitido este amplio contenido material del Estatuto, la Sentencia fija los límites de su valor como norma jurídica, destacando que es fruto del poder constituido (con el recuerdo de la Sentencia de la LOAPA 76/1983) y que se trata de una norma de alcance territorial limitado. Estos límites comportan que muchos de los preceptos estatutarios no se declaren inconstitucionales, aunque su contenido quede vinculado a la prevalencia del concepto constitucional y de la interpretación que haya realizado o realice en el futuro el Tribunal Constitucional. En este sentido se afirma que los preceptos estatutarios pueden «describir» conceptos constitucionales pero carecen de un contenido normativo prescriptivo que vincule al Tribunal.

c) La Sentencia se fundamenta en la propia doctrina del Tribunal Constitucional (curiosamente, ignora de forma prácticamente total la Sentencia 247/2007 sobre el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana) y no efectúa ninguna referencia a la doctrina de los defensores del Estatuto catalán según la cual una modificación del Estatuto obligaría a revisar la jurisprudencia del Tribunal al haberse modificado el bloque de la constitucionalidad. Un ejemplo claro es la interpretación que se hace del artículo 112 y su definición de las competencias ejecutivas.

Estos dos argumentos (el Estatuto es poder constituido y no puede definir conceptos constitucionales, y la jurisprudencia constitucional no se ve afectada por el nuevo contenido estatutario) deshacen sin necesidad de declaración de inconstitucionalidad todo el título IV, «De las competencias».

d) El Estatuto de autonomía, aunque es formalmente una ley orgánica estatal, no puede hacer requerimientos al legislador estatal ni imponerle modelos organizativos. Los preceptos estatutarios se devalúan a simples re-

comendaciones cuya concreción depende de la plena libertad del legislador estatal.

e) En el fondo de todo, el razonamiento parece querer expresar el siguiente mensaje: los objetivos fundamentales del Estatuto requieren una modificación constitucional. El texto aprobado puede ser declarado constitucional en su práctica totalidad respetando la forma, pero una vez se le ha vaciado previamente de contenido.

4.

Los fundamentos jurídicos de la Sentencia pueden ser discutidos, unos más que otros —ya tendremos tiempo de hacer valoraciones más profundas de la Sentencia—, pero son argumentos jurídicos razonables, no arbitrarios y muchas veces previsibles, sobre cuya base se fundamentan las decisiones acerca de los preceptos examinados.

Esta consideración nos lleva a una reflexión final sobre el significado de la Sentencia. El impulso de un proceso de reforma estatutaria de amplio alcance tenía muchos riesgos. Se trataba de una reforma estatutaria que por primera vez no contaba con el consenso de las principales fuerzas políticas del Estado y que se sabía que sería llevada ante el Tribunal Constitucional. Con la reforma estatutaria se pretendían fijar unos nuevos límites al autogobierno, cuestión siempre delicada. El Tribunal Constitucional poseía una doctrina amplia y consolidada sobre la estructura y el funcionamiento del Estado de las autonomías, y este Tribunal sería el que resolvería el conflicto a partir de argumentos jurídicos en que su jurisprudencia debería ser determinante. ¿Qué posibilidades reales existían de llegar a buen puerto? ¿Se midieron bien las fuerzas antes de iniciar el camino?

Estos riesgos, que en ningún caso se pusieron de manifiesto al pueblo catalán, se han hecho evidentes con la Sentencia. Pero creo que la Sentencia no es la única culpable del resultado final del proceso de reforma estatutaria iniciado por el Parlamento de Cataluña ni de los problemas que ahora plantea el desarrollo del Estatuto y el funcionamiento del Estado autonómico en conjunto.

VALORACIÓN GENERAL DE LA SENTENCIA 31/2010

Joan Vintró Castells*

Puede resultar oportuno comenzar una valoración general de la STC 31/2010 con una consideración preliminar acerca de la competencia del Tribunal Constitucional para juzgar sobre la constitucionalidad de una norma como el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 pues esta cuestión ha generado no pocas controversias en el terreno político y jurídico. Vaya por delante que la competencia funcional¹ del Tribunal es en términos jurídico-positivos indiscutible no tanto por lo que pueda desprenderse del artículo 161.1.a CE, sino por lo que establece de modo expreso el artículo 27.2.a LOTC cuando afirma que «son susceptibles de declaración de inconstitucionalidad los Estatutos de Autonomía».

Sentado lo anterior, es preciso plantearse a continuación si el Tribunal Constitucional ha ejercido su competencia dentro de los límites propios de la jurisdicción constitucional, es decir, con la máxima deferencia hacia el legislador. Téngase en cuenta, además, que en este caso el legislador no es el legislador ordinario habitual sino el legislador de una reforma estatutaria que por mandato constitucional está llamado a complementar de manera necesaria las previsiones de la norma suprema sobre la organización territorial del Estado y que está integrado por el Parlamento autonómico, las Cortes Generales y los ciudadanos de la Comunidad Autónoma. Pareciera que ante un legislador de características tan singulares, tanto materiales como formales, el Tribunal Constitucional debería extremar la deferencia y el *self restraint* que en toda circunstancia deben guiar su actuación y no alterar los términos jurídicos del pacto político estatutario salvo en aquellos supuestos en los que hubiera una palmaria e indis-

* Joan Vintró Castells, catedrático de derecho constitucional de la Universidad de Barcelona. Este artículo se integra en el proyecto de investigación «Reformas Estatutarias y nuevos instrumentos de relación entre el Estado y las Comunidades Autónomas» (DER 2008-04108/JURI).

1. Cuestión distinta, que no es posible abordar en estas páginas, sería la problemática de la competencia objetiva del Tribunal Constitucional vinculada en este caso a su anómala composición en el momento de dictar la sentencia como consecuencia de encontrarse cuatro magistrados con mandato caducado dos años y cinco meses antes y de no haberse cubierto una vacante por fallecimiento producida dos años antes. Ello dio lugar al planteamiento del correspondiente incidente procesal por parte de la representación del Parlamento de Cataluña y de la del Gobierno de la Generalitat, desestimándose por parte del Tribunal Constitucional la pretensión de incompetencia solicitada por dichas partes en el proceso (ATC de 22 de junio de 2010).

cutible contradicción con la Constitución. De la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional podía esperarse que éste actuara con la debida deferencia hacia el legislador de la reforma estatutaria ya que el alto Tribunal en la reciente STC 247/2007, culminando una larga línea jurisprudencial, había efectuado varios pronunciamientos de gran trascendencia con respecto a las características de los estatutos de autonomía. En este sentido, en la citada STC 247/2007 el Tribunal Constitucional, sin dejar de recordar la subordinación de los estatutos a la Constitución, subrayaba una serie de elementos específicos de esta fuente normativa:

a) Complemento esencial de la Constitución e integrante del bloque de la constitucionalidad. En este punto el Tribunal (FFJJ 5 y 6) afirmaba que «los Estatutos de Autonomía constituyen una pieza esencial en la estructura compuesta del Estado», destacaba que «el carácter que los Estatutos de Autonomía tienen como norma institucional básica de las Comunidades Autónomas atiende, sustancialmente, al relevante papel que la propia Constitución les atribuye en el sistema territorial de distribución del poder político» y concluía que «los Estatutos de Autonomía en su concreta posición, subordinada a la Constitución, la complementan, lo que incluso se traduce de modo significativo en su integración en el parámetro de apreciación de la constitucionalidad de las Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley, tanto estatales como autonómicas (art. 28.1 LOTC), de manera que forman parte del llamado bloque de la constitucionalidad».

b) Carácter paccionado del procedimiento de elaboración y reforma. A este respecto, la STC 247/2007 (FJ 6) extraía dos consecuencias del hecho de que la aprobación y reforma de los estatutos, más allá de las especificidades de cada una de las vías establecidas por la Constitución, exigen por mandato del propio texto constitucional una confluencia de voluntades (territorial y estatal) para llegar a su culminación. La primera consecuencia de la especial rigidez de los Estatutos es que solamente la Constitución es parámetro de validez de los mismos: «[...] la invalidez de un precepto estatutario sólo puede derivarse de la Constitución misma –incluidas, claro está, sus normas de remisión a determinadas leyes orgánicas–, pues, dado que sólo la Constitución establece la función y contenido de los Estatutos, sólo a ella se infraordenan; lo que se acentúa como consecuencia del peculiar procedimiento de elaboración y reforma de los Estatutos, que los dota de una singular rigidez respecto de las demás leyes orgánicas». La segunda consecuencia de dicha rigidez se proyecta sobre la

posición de los estatutos en el sistema de fuentes que les otorga «una singular resistencia frente a las otras leyes del Estado que hace imposible que puedan ser reformados por éstas». De acuerdo con el ya referenciado FJ 6 de la STC 247/2007, «esta afirmación opera, sin duda, con carácter general frente a las leyes estatales ordinarias», pero en el mismo pronunciamiento se añade que «no puede desconocerse tampoco la diferente posición de los Estatutos respecto de las leyes orgánicas como consecuencia de la rigidez que los caracteriza» y que «su procedimiento de reforma, que no puede realizarse a través de su sola aprobación por las Cortes Generales, determina la superior resistencia de los Estatutos sobre las leyes orgánicas». Finalmente, el alto Tribunal en este mismo fundamento advierte que «los Estatutos de Autonomía no pueden desconocer los criterios materiales empleados por la Constitución cuando reenvía la regulación de aspectos específicos a las correspondientes leyes orgánicas», si bien señala que «en caso de colisión, será competencia de este Tribunal la apreciación del alcance de la correspondiente reserva y sus efectos sobre la validez o la eficacia de la normativa estatutaria». Especial relevancia reviste este último aspecto, es decir, la desvinculación entre validez y eficacia, pues con ello puede entenderse que el Tribunal Constitucional admitía que los estatutos de autonomía pueden incidir en materias reservadas a ley orgánica y que si este supuesto se produce y el asunto llega a su jurisdicción el alto Tribunal deberá determinar si se trata de normas inválidas o de normas válidas aunque jurídicamente ineficaces por sí mismas. Dicho en otros términos, el Tribunal Constitucional venía a reconocer que los estatutos pueden entrar en la regulación de ámbitos materiales reservados a ley orgánica por la Constitución y que esta intervención estatutaria no necesariamente debe merecer un pronunciamiento de inconstitucionalidad y de invalidez por parte de la justicia constitucional. No explicitaba la STC 247/2007 el criterio que debe seguir el Tribunal Constitucional en estos casos, pero no es aventurado pensar que la declaración de invalidez debería proyectarse solamente sobre los preceptos estatutarios que entren de lleno en el núcleo esencial de la reserva material en favor de la ley orgánica (ámbitos de reserva absoluta), mientras que aquellos que se sitúen en el contorno de dicha reserva (ámbitos de reserva relativa) podrían merecer una declaración de validez y al propio tiempo de eficacia jurídica diferida a la entrada en vigor de la correspondiente ley orgánica. Como se examinará más adelante, las virtualidades de esta desvinculación entre validez y eficacia podían ser relevantes ya que permitían abundar en el criterio de la colaboración internormativa entre estatutos y

leyes orgánicas (ya avanzado por el Tribunal Constitucional en la STC 56/1990) con diversas posibilidades de concreción en función del mayor o menor alejamiento de la regulación estatutaria con respecto al núcleo esencial de la reserva de ley orgánica en materias como, por ejemplo, el poder judicial, los órganos constitucionales y el sistema de financiación autonómica.

c) **Norma atributiva de competencias a la comunidad autónoma y delimitadora del alcance de las competencias estatales.** Una vez subrayados los anteriores rasgos distintivos de los estatutos de autonomía, la STC 247/2007 (FFJJ 7 y 10) se refería a uno de los elementos preceptivos y fundamentales de su contenido como es el de la determinación de las competencias autonómicas. El Tribunal partía de la consideración de que la delimitación competencial entre Estado y comunidades autónomas está parcialmente desconstitucionalizada: «[...] la Constitución, que sí fija las materias de competencia estatal, no especifica directamente el contenido o alcance ni de las materias ni de las funciones materiales sobre las que se proyecta aquélla, ni tampoco contiene reglas expresas de interpretación que inmediatamente permitan concretar dicho contenido o alcance, lo que, en última instancia, sólo corresponde a este Tribunal en ejercicio de su jurisdicción [...]». «[...] La Constitución tampoco establece el elenco de materias sobre el que las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias, sino que atribuye a los Estatutos de Autonomía la función de determinarlas [...]. De esta forma, los Estatutos pueden libremente asumir competencias, completando así el espacio que la propia Constitución ha dejado desconstitucionalizado [...]». En torno a esta cuestión el alto Tribunal concluía que «el Estatuto de Autonomía, en cuanto que es norma estatal, puede realizar su función atributiva de competencias a la Comunidad Autónoma, con la consiguiente delimitación entre las competencias estatales y autonómicas, incidiendo en el alcance de las primeras [...]», advirtiendo que «sin embargo, es obvio que esa posible regulación normativa estatutaria no puede en ningún caso quebrantar el marco del art. 149.1 CE, desnaturalizando el contenido que sea propio de cada materia y que permite su reconocibilidad como institución». En definitiva, el Tribunal Constitucional admitía la desconstitucionalización parcial del marco jurídico de la delimitación competencial entre Estado y Comunidades Autónomas, otorgaba un destacado papel al Estatuto de Autonomía para complementar dicha desconstitucionalización, que llegaba hasta la posibilidad de incidir en la determinación del alcance de las competencias estatales con la condición de que éstas no quedaran desnaturalizadas o irreconocibles, y

se reservaba para sí mismo la función de controlar y precisar «en última instancia» la concreción del reparto competencial y especialmente del contenido y alcance de las competencias estatales.

d) Contenido vinculado a la función de norma institucional básica de la comunidad autónoma y no limitado a las expresas previsiones constitucionales. Por último, en la STC 247/2007 (FJ 12) el Tribunal Constitucional afirmaba la legitimidad constitucional de un contenido de los estatutos de autonomía que fuera más allá de las expresas previsiones en la materia de la propia Constitución (éstas se refieren, fundamentalmente, a la denominación de la comunidad autónoma así como a su territorio, instituciones, competencias y en algunos casos a su lengua propia), siempre que el contenido no expresamente señalado por la norma fundamental fuera un complemento adecuado por su conexión con las disposiciones constitucionales. Esta adecuación, a criterio del alto Tribunal, «ha de entenderse referida a la función que en sentido estricto la Constitución encomienda a los Estatutos, en cuanto norma institucional básica que ha de llevar a cabo la regulación funcional, institucional y competencial de cada Comunidad Autónoma». En este sentido, el Tribunal señalaba que «los Estatutos de Autonomía pueden incluir con normalidad en su contenido, no sólo las determinaciones expresamente previstas en el texto constitucional a que hemos aludido, sino también otras cuestiones derivadas de las previsiones del art. 147 CE relativas a las funciones de los poderes e instituciones autonómicas, tanto en su dimensión material como organizativa, y a las relaciones de dichos poderes e instituciones con los restantes poderes públicos estatales y autonómicos, de un lado, y, con los ciudadanos, de otro». Entre estos otros contenidos estatutarios la STC 247/2007 (FJ 15) admitía la previsión de una declaración de derechos, concebidos éstos en unos supuestos como verdaderos derechos subjetivos y en otros como mandatos jurídicamente vinculantes para los poderes públicos.

Después de este *excursus* sobre la STC 247/2007 y a la vista de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en la STC 31/2010, puede despejarse el interrogante que se formulaba al inicio de estas páginas y afirmarse que nuestro alto Tribunal no ha sido deferente con el legislador del Estatuto de Autonomía de 2006. ¿Cómo puede sustentarse esta afirmación? Simplemente examinando cómo quedan las pretensiones de la reforma estatutaria tras la STC 31/2010. El Estatuto de 2006 era un compromiso del Parlamento de Cataluña y de las Cortes Generales, refrendado por los ciudadanos catalanes, que, además de deter-

minados reconocimientos simbólicos, perseguía cuatro objetivos principales: la elevación a rango estatutario de la regulación del modelo lingüístico; el incremento y la mayor garantía de las competencias autonómicas; una nueva articulación entre la Generalitat y el Estado coherente con el carácter compuesto del propio Estado; y el establecimiento de unos criterios de financiación autonómica capaces de asegurar la suficiencia de recursos y de condicionar la contribución catalana a la solidaridad interterritorial. Pues bien, de estas cuatro aspiraciones del Estatuto cabe estimar que solamente la relativa al régimen jurídico de la lengua ha sido avalada por el Tribunal Constitucional, mientras que las previsiones estatutarias más significativas sobre competencias, articulación con el Estado y financiación han sido anuladas por el alto Tribunal o han sido desactivadas jurídicamente a través de la interpretación desnaturalizadora de algunos preceptos que figuran en la Sentencia. ¿Cómo puede explicarse este proceder tan escasamente deferente del Tribunal Constitucional con respecto al legislador estatutario? Fundamentalmente porque en muy buena medida no ha seguido la doctrina establecida en la STC 247/2007.² A continuación se va a tratar de ilustrar todo ello mediante el examen de la STC 31/2010, especialmente de los fundamentos jurídicos relativos a la caracterización general de los estatutos de autonomía y a cada uno de los cuatro objetivos de la reforma estatutaria anteriormente indicados:

a) Caracterización general de los estatutos de autonomía. La primera cuestión que aborda la STC 31/2010 (FFJJ 3 a 6) es la determinación de los rasgos distintivos de los estatutos (función, posición en el sistema de fuentes y contenido). Lo hace, como a lo largo de todo el texto, de un modo marcadamente conciso y con escasa densidad argumentativa. Con respecto a la función, el Tribunal afirma que «la primera función constitucional de los Estatutos de Autonomía radica en la diversificación del Ordenamiento mediante la creación de sistemas normativos autónomos, todos ellos subordinados jerárquicamente a la Constitución y ordenados entre sí con arreglo al principio de competencia [...], y es también [...] norma de garantía de la indemnidad del sistema autónomo, toda vez que el Estatuto es condición de la constitucionalidad de todas las normas del Ordenamiento en su conjun-

2. Da la impresión de que el Tribunal Constitucional ha sido muy sensible a las críticas que un sector doctrinal, contrario a la conformidad constitucional del Estatuto catalán de 2006, dirigió de manera contundente a la STC 247/2007 por entender precisamente que con este pronunciamiento el alto Tribunal prefiguraba una sentencia favorable a la constitucionalidad de la reforma estatutaria catalana. Véase G. Fernández Farreres, *¿Hacia una nueva doctrina constitucional del Estado Autónomo?*, Madrid, Thomson/Civitas, 2008.

to, también de las que comparten su forma y rango. Tal condición, sin embargo, sólo le alcanza por remisión de la única norma que en puridad determina la constitucionalidad de cualquier norma, esto es, obviamente la Constitución misma». En relación con la posición del Estatuto en el sistema de fuentes, la Sentencia pone especial énfasis en subrayar su subordinación a la Constitución y su equiparación a las leyes orgánicas: «Como norma suprema del Ordenamiento, la Constitución no admite ni igual ni superior, sino sólo normas que le están jerárquicamente sometidas en todos los órdenes. Ciertamente, no faltan en ningún Ordenamiento normas jurídicas que, al margen de la Constitución *stricto sensu*, cumplen en el sistema normativo funciones que cabe calificar como materialmente constitucionales [...]». Sin embargo, tal calificación no tiene mayor alcance que el puramente doctrinal o académico [...]. Su posición en el sistema de fuentes es la característica de las leyes orgánicas; esto es, la de normas legales que se relacionan con otras normas con arreglo a dos criterios de ordenación: el jerárquico y el competencial. En tanto que normas legales, el de jerarquía es el principio que ordena su relación con la Constitución en términos de subordinación absoluta. En cuanto normas legales a las que queda reservada la regulación de ciertas materias, el principio de competencia es el que determina su relación con otras normas legales, cuya validez constitucional se hace depender del ámbito reservado a la ley orgánica». En cuanto al contenido, estos fundamentos jurídicos introductorios de la STC 31/2010, por una parte, admiten que un estatuto, en su función de atribución competencial, define «un ámbito privativo de normación y de ejercicio del poder público por parte de la Comunidad Autónoma [...] y contribuye a perfilar el ámbito de normación y poder propio del Estado» y, por otra parte, reconocen que, además del contenido constitucionalmente explícito, «cabe junto a él un contenido implícito por inherente a la condición del Estatuto como norma institucional básica (art. 147.1 CE), con cuanto ello implica en términos de autogobierno, de autoorganización y de identidad». Ahora bien, el Tribunal Constitucional alerta frente a una «concepción maximalista» del contenido estatutario y frente a «la expansividad material de los Estatutos» subrayando especialmente que existen «límites cualitativos» a este último fenómeno derivados de la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos. Entre tales límites se señalan de forma expresa «los que afectan a la definición de las categorías y conceptos constitucionales» y se precisa son «inaccesibles a cualquier legislador y sólo al alcance de la función interpretativa de este Tribunal Constitucional». Una vez expuestos los elementos princi-

pales de los fundamentos jurídicos 3 a 6 de la STC 31/2010, puede observarse que, a propósito de la caracterización general de los estatutos de autonomía y en comparación con la STC 247/2007, tan relevantes son algunos pronunciamientos como algunas omisiones significativas estando, además, estrechamente vinculados unos y otras. Así, la afirmación del valor puramente académico o doctrinal, es decir, no normativo de la función materialmente constitucional de los estatutos se corresponde con el silencio absoluto acerca de la singularidad normativa de esta fuente del derecho en tanto que complemento esencial de la Constitución para establecer la estructura compuesta del Estado e integrante del bloque de la constitucionalidad. Igualmente, la consideración de que la posición de los estatutos en el sistema de fuentes es la propia de las leyes orgánicas es coherente con la nula mención al carácter paccionado de su procedimiento de elaboración y reforma y a las consecuencias jurídicas de la rigidez estatutaria en cuanto a la relación entre los estatutos y las leyes orgánicas y a la posibilidad de que la norma estatutaria pueda entrar en ámbitos reservados a ley orgánica. Por último, las advertencias frente a la expansividad material de los estatutos, el límite impuesto a la norma estatutaria de no incidir en la definición de categorías y conceptos constitucionales y la atribución de esta última tarea únicamente al Tribunal Constitucional se compadecen perfectamente con la ausencia de alusiones a la desconstitucionalización parcial de la delimitación competencial, al papel de los estatutos para cubrir este espacio desconstitucionalizado y a una concepción amplia del contenido general de la norma estatutaria. Queda claro, pues, que en las consideraciones de principio sobre los estatutos de autonomía la STC 31/2010 se aparta de manera muy notoria de la STC 247/2007.

b) La elevación a rango estatutario de la regulación del modelo lingüístico. Como ya se ha apuntado anteriormente, de los cuatro grandes objetivos de la reforma estatutaria catalana éste es el único que ha sido avalado por la STC 31/2010. Bien es verdad que no en su totalidad, pero sí en los aspectos fundamentales. En este caso la deferencia del Tribunal Constitucional hacia al legislador estatutario no deriva tanto del seguimiento de la doctrina sentada en la STC 247/2007 (perceptible sin duda en la admisibilidad de la previsión estatutaria de los derechos lingüísticos contenida en los FFJJ 21 a 24 de la STC 31/2010) como del mantenimiento de la jurisprudencia sobre el régimen jurídico de las lenguas (entre otras, SSTC 82/1986 y 337/1994). En este sentido los preceptos claves del Estatuto de 2006 son los artículos 6.1 y 35.1, en los que se consagran a nivel estatutario

los dos pilares esenciales del modelo lingüístico catalán recogidos hasta ese momento en la legislación ordinaria: por un lado, el uso normal y preferente del catalán, como lengua propia de Cataluña, por parte de las Administraciones públicas y de los medios de comunicación públicos de Cataluña; por otro lado, la consideración del catalán como lengua normalmente utilizada como vehicular en la enseñanza. Con respecto al primer elemento, la STC 31/2010 (FJ 14) declara la inconstitucionalidad únicamente del término «preferente» sobre la base del siguiente razonamiento: «A diferencia de la noción de normalidad, el concepto de preferencia, por su propio tenor trasciende la mera descripción de la realidad lingüística e implica la primacía de una lengua sobre otra en el territorio de la Comunidad Autónoma, imponiendo, en definitiva, la prescripción de un uso prioritario de una de ellas, en este caso, del catalán sobre el castellano, en perjuicio del equilibrio inexcusable entre dos lenguas igualmente oficiales y que en ningún caso pueden tener un trato privilegiado». Ahora bien, este «equilibrio inexcusable» entre las dos lenguas oficiales en las Administraciones públicas y en los medios de comunicación públicos de Cataluña queda significativamente matizado cuando el mismo FJ 14 admite «la procedencia de que el legislador pueda adoptar, en su caso, las adecuadas y proporcionadas medidas de política lingüística tendentes a corregir, de existir, situaciones históricas de desequilibrio de una de las lenguas oficiales respecto de la otra, subsanando así la posición secundaria o de postergación que una de ellas pueda tener». En cuanto a la previsión de que el catalán sea la lengua utilizada normalmente como vehicular en la enseñanza, la STC 31/2010 (FJ 24) se remite literalmente a la STC 337/1994 y proclama su conformidad constitucional en estos términos: «[...] resulta perfectamente legítimo que el catalán, en atención al objetivo de la normalización lingüística en Cataluña, sea el centro de gravedad de este modelo de bilingüismo, aunque siempre con el límite de que ello no determine la exclusión del castellano como lengua docente de forma que quede garantizado su conocimiento y uso en el territorio de la Comunidad Autónoma». Dicho en otras palabras, el reconocimiento estatutario de la inmersión lingüística en la enseñanza es conforme a la Constitución con la condición de que el castellano también sea lengua vehicular con el alcance que disponga el legislador en cada momento. En definitiva, la consagración estatutaria del modelo lingüístico catalán ha recibido el aval del Tribunal Constitucional en los aspectos más sustantivos del mismo, si bien no cabe excluir que el inciso declarado inconstitucional comporte una mayor práctica del bilingüismo por parte de las Administraciones públicas en Cataluña.

c) **El incremento y la mayor garantía de las competencias autonómicas.** Para lograr este objetivo el Estatuto catalán de 2006 utiliza principalmente dos técnicas: por una parte, la definición del alcance funcional de cada uno de los tipos de competencias (arts. 110 a 112); por otra parte, la fijación, a lo largo de todo el capítulo II del título IV, de una relación detallada de submaterias dentro de cada ámbito material general, especificando las potestades concretas asumidas por la Generalidad en cada caso. Sobre esta pretensión estatutaria de contribuir a la delimitación del alcance funcional y material de las competencias autonómicas (e indirectamente de las estatales), la STC 31/2010 (FFJJ 57, 58 y 64) formula unas consideraciones generales que invalidan o desactivan la aspiración del Estatuto. Así, en primer lugar, se priva al Estatuto de estas tareas pues se afirma que corresponden a la Constitución: «Un límite cualitativo de primer orden al contenido posible de un Estatuto de Autonomía es el que excluye como cometido de este tipo de norma la definición de categorías constitucionales [...]. El Estatuto puede atribuir una competencia legislativa sobre una determinada materia, pero qué haya de entenderse por competencia y qué potestades comprenda la legislativa frente a la competencia de ejecución son presupuestos de la definición misma del sistema en el que el Ordenamiento consiste y, por tanto, reservados a la Norma primera que lo constituye». En segundo lugar, se afirma que, si alguna interpretación es necesaria de las previsiones constitucionales sobre delimitación competencial, tal misión compete exclusivamente al Tribunal Constitucional: «En su condición de intérprete supremo de la Constitución, el Tribunal Constitucional es el único competente para la definición auténtica –e indiscutible– de las categorías y principios constitucionales». En tercer lugar, y como corolario de los dos pronunciamientos anteriores, se señala que, si los Estatutos entran en la determinación del alcance funcional y material de la delimitación competencial, tal regulación tendrá un valor meramente descriptivo: «[...] pueden los Estatutos de Autonomía relacionar sin definir, esto es, sin otro ánimo que el descriptivo de una realidad normativa que les es en sí misma indisponible [...]. En cuanto a la técnica seguida en ocasiones por el Estatuto de atribuir competencias materiales a la Generalitat que se proyectan en todo caso sobre las submaterias correspondientes [...], dicha expresión ha de entenderse en sentido meramente descriptivo de que dichas submaterias forman parte del contenido de la realidad material de que se trate». En este sentido, desde el punto de vista normativo se devalúan completamente los términos de las previsiones de los estatutos de autonomía y al propio tiempo el Tribunal Constitucional se autoatribuye una posición de prolongación del poder constituyente: «Tér-

minos que [...] sólo pueden interpretarse, más allá de la expresión literal de los preceptos estatutarios, en los límites de nuestra doctrina y a la luz del sentido que en ella han adquirido, a lo largo de los últimos treinta años, las categorías y conceptos constitucionales en los que se fundamenta y sobre los que se desarrolla el régimen de distribución de competencias característico del Estado autonómico». A partir de estas consideraciones generales, las novedades que pretendía aportar el Estatuto en el terreno competencial carecen de operatividad alguna y ello independientemente del hecho de que las declaraciones de inconstitucionalidad sean cuantitativamente escasas. El examen de los fundamentos jurídicos 59, 60 y 61 de la STC 31/2010 lo muestra con toda evidencia. Se comienza por salvar la constitucionalidad de la definición de las competencias exclusivas (art. 110 EAC), pero advirtiéndose que la integridad de la potestad legislativa, reglamentaria y ejecutiva sobre una determinada materia o submateria quedará excepcionada si incide en este ámbito el ejercicio de las competencias del Estado derivadas del art. 149.1 CE, cuyo alcance funcional y material, como ya se ha dicho, solamente puede determinar el Tribunal Constitucional, y sin que, por lo tanto, la denominación de la competencia autonómica como exclusiva y la concreción de la submateria tengan virtualidades normativas sino meramente descriptivas. A continuación se declara inconstitucional la pretensión estatutaria (art. 111) de acotar el alcance de las bases estatales (principios o mínimos normativos contenidos en normas con rango de ley) en las competencias compartidas, pues se afirma que éste «no es asunto a dilucidar en un Estatuto, sino sólo en la Constitución, vale decir: en la doctrina de este Tribunal que la interpreta». Finalmente, se lleva a cabo una interpretación del art. 112 EAC (inclusión en las competencias ejecutivas de la potestad reglamentaria de alcance general y no solamente de la de organización interna) que vacía sustancialmente de contenido este precepto con el único argumento de que la doctrina del Tribunal Constitucional ha sido siempre contraria a dicha inclusión. En definitiva, en todo este apartado competencial la deferencia del Tribunal Constitucional con respecto al legislador estatutario ha sido en los aspectos esenciales prácticamente nula ya que la STC 31/2010 se aparta completamente de la STC 247/2007 al degradar el papel normativo del Estatuto de Autonomía para completar las previsiones constitucionales sobre la delimitación competencial y al situar al propio Tribunal Constitucional, no como un controlador en última instancia, sino como el intérprete «único», «auténtico» e «indiscutible» en este ámbito.

d) Nueva articulación de la Generalitat con el Estado. La reforma estatutaria catalana de 2006 pretendía contribuir a una nueva articulación de la

Generalitat con el Estado que resultara más coherente con la naturaleza autonómica del propio Estado. En este sentido, se partía de la idea de que el principio autonómico consagrado en el artículo 2 CE debía impregnar de alguna forma la regulación de las instituciones del Estado y de una concepción amplia de los estatutos de autonomía como norma institucional básica que permitía incluir como uno de sus contenidos las relaciones entre las instituciones estatales y autonómicas. Como ejemplos destacados de esta pretensión del Estatuto de 2006 pueden mencionarse las previsiones relativas al Consejo de Justicia de Cataluña (art. 97 EAC) y a la participación de la Generalitat en la designación de miembros de órganos constitucionales (art. 180 EAC) y de representantes en los organismos económicos y sociales (art. 182 EAC). Se trata de ámbitos en los que la regulación estatutaria debe ser cautelosa ya que con respecto a los mismos la Constitución contempla varias reservas dirigidas al legislador estatal, especialmente al legislador orgánico. Con todo, es oportuno recordar aquí que la STC 247/2007 venía a admitir que los estatutos podían incidir en las materias reservadas a ley orgánica y que podían entrar también en la regulación de las relaciones institucionales entre las Comunidades Autónomas y el Estado. Pues bien, el Estatuto parece moverse dentro de las cautelas requeridas: por un lado, se define al Consejo de Justicia de Cataluña como órgano de gobierno del poder judicial en Cataluña pero que actúa como órgano desconcentrado del Consejo General del Poder Judicial, sin perjuicio de las competencias de éste y todo ello de acuerdo con lo que disponga la Ley Orgánica del Poder Judicial; por otro lado, se establece meramente un principio de participación de la Generalidad en la designación de miembros de órganos constitucionales y de organismos económicos y sociales en los términos fijados, según corresponda, por la normativa orgánica, ordinaria y del ordenamiento parlamentario. Sin embargo, la STC 31/2010 (FFJJ 47-49 y 113-114) tampoco es deferente en estos supuestos con el legislador estatutario. La regulación sobre el Consejo de Justicia es declarada inconstitucional mediante un confuso pronunciamiento en el que a primera vista resulta difícil saber si la inconstitucionalidad se predica del órgano en sí mismo o simplemente por no ser el Estatuto la norma adecuada: «[...] ningún órgano, salvo el Consejo General del Poder Judicial, puede ejercer la función de gobierno de los órganos jurisdiccionales integrados en el Poder Judicial, exclusivo del Estado, ni otra ley que no sea la Orgánica del Poder Judicial puede determinar la estructura y funciones de aquel Consejo dando cabida, en lo que ahora interesa, y en su caso, a eventuales formas de desconcentración [...]». Como puede constatarse, la posición del Tribunal dista de ser clara y precisa ya que de entrada parece excluir la legiti-

midad constitucional de los consejos de justicia de ámbito territorial autonómico, si bien finalmente parece abrir la puerta a la admisibilidad constitucional de esta figura con la condición de su regulación por parte de la LOPJ. Si esta última opción es la que defiende el Tribunal Constitucional –y que es coherente, por lo demás, con el hecho de que la vigente LOPJ (arts. 106 y 152) no concentra todas las funciones de gobierno del poder judicial en el Consejo General sino que asigna algunas a las salas de gobierno de los tribunales superiores–, no se alcanza a comprender el motivo por el que la STC 31/2010 declara inconstitucional la regulación del Consejo de Justicia de Cataluña. Ciertamente los preceptos estatutarios inciden en un ámbito material próximo al núcleo de la reserva de ley orgánica prevista por el art. 122.2 y 3 CE (definición, organización y funciones del Consejo General del Poder Judicial), pero no es menos cierto que ello se hace con plena remisión a lo que establezca la LOPJ. En este sentido, el Tribunal Constitucional, siguiendo su propia jurisprudencia contenida en las SSTC 56/1990 y 247/2007, hubiera podido perfectamente declarar la validez constitucional de la regulación estatutaria del Consejo de Justicia de Cataluña, apelar a la colaboración internormativa entre Estatuto y LOPJ y, lógicamente, diferir la eficacia de las previsiones estatutarias a lo que dispusiera al respecto la citada LOPJ. En lo tocante a la inclusión en el Estatuto de un principio de participación de la Generalitat en la designación de miembros de órganos constitucionales (Tribunal Constitucional y Consejo General del Poder Judicial) y de organismos económicos y sociales, la STC 31/2010 emite una decisión interpretativa que priva de todo valor jurídico a las disposiciones estatutarias. En este ámbito el objetivo estatutario era establecer un mandato al legislador estatal (orgánico u ordinario, según el supuesto) para que simplemente previera en la legislación correspondiente algún tipo de participación de la Generalitat en los procedimientos de designación de órganos estatales incidiendo en un punto alejado del núcleo esencial de las reservas legales establecidas por la Constitución y sin prejuzgar el contenido concreto de la regulación. El Tribunal Constitucional entiende por el contrario que el Estatuto expresa no un mandato sino un «propósito de colaboración» y que «corresponde al Estado hacer o no hacer efectiva en cada caso con entera libertad la participación expresada, su concreto alcance y su específico modo de articulación». Tampoco se comprende muy bien este pronunciamiento del Tribunal a la luz de los ya citados antecedentes jurisprudenciales ya que, una de dos: o declaraba que la regulación estatutaria era inconstitucional por invadir las reservas legales (en particular las de ley orgánica); o declaraba la validez de la misma reconociéndole efectos jurídicos vinculantes para la legislación estatal en el marco

de la colaboración internormativa y sin perjuicio de que la plena efectividad de los preceptos estatutarios no se cumpliera hasta la aprobación de la referida normativa estatal específica. El Tribunal opta, en cambio, por degradar el valor jurídico de los preceptos estatutarios y convertir al Estatuto en un manual de buenos propósitos.

e) **Un sistema de financiación con suficiencia de recursos y con condicionantes a la solidaridad interterritorial.** Para alcanzar este objetivo el Estatuto incorpora varios preceptos debiendo destacarse principalmente las disposiciones adicionales octava, novena y décima, por un lado, y el artículo 206 en sus apartados 3 y 5, por otro. Las citadas disposiciones adicionales prevén la cesión de determinados impuestos a la Generalitat y el porcentaje de cesión de su respectivo rendimiento, especificándose que todo ello deberá contenerse en el primer proyecto de ley de cesión de impuestos que apruebe el Estado tras la entrada en vigor del Estatuto. Por su parte, el artículo 206 introduce unos criterios condicionantes de la contribución de Cataluña a la solidaridad interterritorial. Tales criterios son fundamentalmente dos: por una parte, el requisito del esfuerzo fiscal similar para que otras comunidades autónomas puedan beneficiarse de recursos de la Generalitat destinados a los mecanismos de nivelación y solidaridad; por otra parte, el principio de ordinalidad, es decir, la garantía de que la aplicación de los mecanismos de nivelación no altere la posición de Cataluña en la ordenación de rentas *per capita* entre comunidades autónomas existente antes de dicha aplicación. Con respecto a la previsión sobre la cesión de impuestos, la STC 31/2010 (FJ 137) admite la constitucionalidad de la misma pero interpretándola restrictivamente y despojándola de valor normativo en el sentido de que «únicamente puede traducirse en el compromiso de la Generalidad y el Estado a acordar en Comisión Mixta –con sujeción a lo dispuesto en el marco de la cooperación multilateral y al ejercicio de las facultades de coordinación que competen al Estado en materia financiera– la elaboración y el contenido de un proyecto de ley ordinaria cuya sustanciación como expresión de la voluntad legislativa depende de la plena libertad de las Cortes Generales». En cuanto a los criterios condicionantes de la solidaridad, el FJ 134 de la Sentencia declara inconstitucional el requisito del esfuerzo fiscal similar en estos términos: «[...] al Estado le corresponde, *ex art. 149.1.14 CE* en su conexión con los arts. 138 1 y 157.3 CE, regular el ejercicio de las competencias financieras de las Comunidades Autónomas y fijar los niveles de su contribución a la nivelación y a la solidaridad [...]. En este contexto, la determinación de cuál sea el esfuerzo fiscal que hayan de realizar las Comunidades Autónomas es cuestión que sólo corresponde regular al propio Estado, tras las actuaciones co-

rrespondientes en el seno del sistema multilateral de cooperación y coordinación constitucionalmente previsto». Sobre el principio de ordinalidad el mismo FJ 134 lleva a cabo una interpretación desnaturalizadora del art. 206.5 EAC: «la garantía del Estado a que se refiere este precepto sólo operaría cuando la alteración de la posición de la Comunidad Autónoma de Cataluña se debiera, no a la aplicación general de los mecanismos de nivelación, sino exclusivamente a la aportación que realizase Cataluña como consecuencia de su posible participación en dichos mecanismos». Como puede comprobarse, estos pronunciamientos concretos traen causa de uno de carácter general (FJ 130) y todos ellos reflejan que el Tribunal Constitucional lleva hasta las últimas consecuencias su jurisprudencia anterior en materia de financiación autonómica (entre otras, SSTC 104/1988, 72/2003, 14/2004) e interpreta que es la propia Constitución (arts. 149.1.14, 133.1, 138, 156, 157) la que establece un sistema en el que las decisiones fundamentales sobre recursos y solidaridad debe adoptarlas el Estado en un marco multilateral de cooperación y coordinación. En este marco la LOFCA, más allá de la literalidad del art. 157.3 CE, cumple una función delimitadora de las competencias financieras estatales y autonómicas. Con esta jurisprudencia queda desactivada, en consecuencia, la pretensión estatutaria de redefinir el sistema de fuentes en materia de financiación autonómica que suponía una revalorización del papel de los estatutos frente a la LOFCA y la legislación ordinaria estatal y que podía encontrar apoyo en una interpretación más literal de las disposiciones constitucionales, en decisiones del propio Tribunal Constitucional (la STC 181/1988 y la tantas veces citada STC 247/2007) y en algunos planteamientos doctrinales.³

Llegados hasta aquí y constatada la muy escasa deferencia de la STC 31/2010 con el legislador de la reforma estatutaria catalana, solamente falta por añadir a modo de conclusión que los estatutos de autonomía han quedado totalmente invalidados como instrumento normativo para la profundización del autogobierno de las comunidades autónomas. Mientras no se reforme la Constitución, y dejando al margen alguna aplicación del artículo 150 CE, el avance en el autogobierno autonómico pasa únicamente por la unilateral y libre decisión estatal a través de la reforma de la legislación orgánica y ordinaria.

3. E. Albertí, «Reforma de l'Estatut de Catalunya i sistema de finançament: model general o model específic», en *Vint-i-cinc anys d'Estatut*, Barcelona, Parlament de Catalunya, 2005; E. Lucas Murillo, «Reforma estatutaria y financiación autonómica», en G. Ruiz Rico (coord.), *La reforma de los Estatutos de Autonomía*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006; P. Sol, «Les finances de la Generalitat», en M. Barceló y J. Vintró (coords.), *Dret Públic de Catalunya*, Barcelona, Atelier, 2008.

LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LA SENTENCIA SOBRE EL ESTATUTO*

Carles Viver Pi-Sunyer**

No es tarea fácil evaluar, sin excesivos tecnicismos y en unas pocas cuartillas, los efectos jurídicos de la Sentencia sobre el Estatuto catalán. Se corre el riesgo cierto de perder los matices, tan importantes en estos casos. Sin embargo, creo que quienes participamos en su momento en el proceso estatutario tenemos un deber cívico de correr ese riesgo. Mi intención aquí es la de ser lo más descriptivo posible, evitando entrar en valoraciones políticas y en críticas jurídicas de la Sentencia.

En relación con lo que hemos dado en llamar aspectos identitarios, la Sentencia viene a concluir que el Estatuto no puede aplicar a Cataluña los términos *nación* y *realidad nacional*, ya que desde una perspectiva jurídica la Constitución sólo admite una Nación, la española. No declara formalmente la inconstitucionalidad de esos incisos ya que están en el preámbulo, pero les niega efectos interpretativos respecto del resto de artículos y en concreto respecto de los símbolos «nacionales», obligando a entender este adjetivo como símbolos de una «nacionalidad», no de una nación. Declara constitucionales las referencias al «pueblo catalán» como origen del poder, a la «ciudadanía catalana» y a los «derechos históricos», ya que puede interpretarse que estos conceptos no son sinónimo de ninguna fundamentación del poder de la Generalitat al margen de la Constitución. La Sentencia cierra cualquier posible interpretación expansiva que pudiera estar implícita en la referencia a los derechos históricos (que, según declara, nada tienen que ver con los del País Vasco o Navarra). Los efectos jurídico-prácticos de estas interpretaciones son muy limitados; lo serían también, al menos a corto plazo, aunque se interpretase que el Estatuto había querido transitar por la vía, ciertamente no explicitada, de los derechos históricos de los territorios forales. Los «daños» en este ámbito son más «morales» y políticos que jurídicos.

En cuanto a la lengua, la Sentencia deja intacta la regulación del catalán en el ámbito de la enseñanza y su carácter de lengua vehicular preferente, aunque no única, negando al mismo tiempo el derecho a recibir la enseñanza única-

* Versión corregida y aumentada del artículo publicado en *El País* el 20 de julio de 2010.

** Carles Viver Pi-Sunyer, catedrático de derecho constitucional de la Universidad Pompeu Fabra. Director del Institut d'Estudis Autonòmics.

mente en castellano. Respecto de la lengua de las administraciones catalanas y de sus medios de comunicación, declara que el Estatuto no puede imponer el uso preferente del catalán, como sí hacía la Ley de Política Lingüística vigente, aunque inmediatamente admite que el legislador ordinario podrá dar ese trato preferente a cualquiera de las dos lenguas oficiales para «corregir situaciones históricas de desequilibrio». Más allá de las críticas que pudiera merecer el hecho de que el Estatuto no pueda, tampoco aquí, vincular al legislador y que después de 30 años tenga que justificarse la preferencia del catalán en la necesidad de su «normalización», el hecho cierto es que la doctrina sentada por la Sentencia en la práctica no va a exigir ningún cambio significativo, aunque puede ser un semillero de conflictos. Tampoco se reconoce el deber general de conocer el catalán. Aquí se rompe clamorosamente la igualdad entre las lenguas oficiales que según la propia Sentencia debería presidir la regulación estatutaria. Esto significa que si un ciudadano alega desconocimiento del catalán, las comunicaciones que los poderes públicos le dirijan en esta lengua carecen de efectos y además, añade la Sentencia, no puede imponérsele la obligación de pedir a la Administración que le dirija las comunicaciones en castellano. Esto parecería llevar a la exigencia de que todas las comunicaciones de los poderes públicos de Cataluña fueran bilingües; sin embargo, la Sentencia afirma que pueden hacerse en una única lengua siempre que se arbitren «mecanismos» para que quienes prefieren la comunicación en castellano puedan obtenerla sin que el mecanismo para conseguirlo les suponga una carga. Aquí deberá verse qué se entiende por carga en este contexto y deberá ponerse mucha imaginación para hacer compatible el uso del catalán con la ausencia de cargas individuales. En cualquier caso esta doctrina será también con toda seguridad un nudo de conflictos ante los tribunales de justicia. Por último, el legislador que regule la obligación de empresas y establecimientos de atender en cualquiera de las dos lenguas, según parece decir la Sentencia, aunque de modo confuso y un tanto contradictorio, deberá hacerlo en función de los tipos de establecimiento –no es lo mismo una gran empresa que una empresa familiar– y sin exigir que todos los dependientes hablen las dos lenguas. Igualmente, parece reconocer la constitucionalidad del derecho a dirigirse en catalán a los órganos constitucionales del Estado y a los tribunales Constitucional y Supremo, aunque corresponde al legislador estatal concretar su alcance y contenido. Lo mismo sucede respecto de las previsiones relativas a la necesidad de acreditar «en la forma que establezcan las leyes» el conocimiento adecuado y suficiente del catalán por parte de jueces, magistrados, fiscales, notarios, registradores de la propiedad y mercantiles, así como los encargados del Registro Civil y del personal al servicio de la Administración de justicia.

Frente a lo que sostenía un importante sector doctrinal, la Sentencia reconoce, con mayor claridad que en sentencias anteriores, la posibilidad de establecer en el Estatuto derechos y deberes.

En el ámbito de las instituciones de autogobierno solamente resultan afectados dos incisos: el carácter vinculante para el Parlamento de los dictámenes del Consejo de Garantías relacionados con los derechos estatutarios y la exclusividad de la función supervisora del Síndic de Greuges en relación con la Administración autonómica, que deberá compartir con el Defensor del Pueblo, aunque, adviértase bien, sólo cuando afecte a derechos constitucionales, no a derechos estatutarios. La declaración de inconstitucionalidad relativa a los dictámenes vinculantes se basa en una fundamentación alternativa sorprendente: si el dictamen se produce al final del proceso legislativo la inconstitucionalidad deriva del hecho de que el control realizado por el Consejo se parecería «demasiado» al control jurisdiccional, y si fuese al inicio del proceso limitaría las competencias del Parlamento (debe advertirse que este argumento no fue utilizado por ninguna de las partes y que el Tribunal no les dio traslado del mismo para que pudiesen alegar al respecto).

En relación con el poder judicial, la Sentencia, contra lo que parecía ser también la opinión general, admite que los estatutos puedan contener preceptos en los que se haga referencia a cuestiones como las relativas a las competencias de los órganos judiciales, aunque con importantes limitaciones y siempre que remitan su concreción a las leyes orgánicas estatales. Esta regla sólo se exceptiona respecto del Consejo de Justicia, posiblemente por su mayor detalle. El razonamiento es tortuoso, porque parece partir de la idea de que el Consejo diseñado por el Estatuto es un órgano de la Generalitat, cuando claramente no es así y porque en algún momento parece confundir el Consejo General del Poder Judicial con el pleno de ese Consejo. Sin embargo, lo relevante es que finalmente no se niega la posibilidad de que, si la ley orgánica quiere, se establezca un órgano territorial desconcentrado del Consejo General en Cataluña.

No merece tacha de inconstitucionalidad ninguno de los preceptos relativos a la acción exterior de la Generalitat y a sus relaciones con el Estado, las demás comunidades autónomas y la Unión Europea. Con una excepción significativa: los mandatos dirigidos al legislador estatal para que incorpore en varias decenas de organismos a personas elegidas con la participación de la Generalitat, no sólo han quedado reducidos a meras recomendaciones que no vinculan a ese legislador, sino que esta participación no puede producirse en los órganos decisorios de estos organismos. La pérdida aquí es significativa.

Sin embargo, los efectos más negativos se producen en lo tocante a las com-

petencias. En el Estatuto se pretendía, en primer lugar, ampliar el contenido material de las competencias exclusivas y asegurar al máximo que en estos ámbitos no penetraría el Estado a través de sus competencias. La idea que subyacía a esta configuración estatutaria era la de que las Cortes Generales, al aceptar el modelo propuesto, reconocían que para asegurar los intereses generales del Estado no tenían necesidad de extender sus competencias, especialmente las básicas y «transversales», a los ámbitos declarados exclusivos de la Generalitat. La Sentencia salva en apariencia la exclusividad pero advierte inmediatamente que ésta no puede impedir que el Estado pueda penetrar, como ha venido haciendo hasta ahora, en esos ámbitos declarados exclusivos, ya que, y aquí reside una de las claves de toda la Sentencia, alterando su jurisprudencia anterior declara que los estatutos no pueden contribuir a delimitar el contenido y alcance de las competencias, ni estatales ni autonómicas: esto corresponde en exclusiva a la Constitución y al propio Tribunal Constitucional. La Sentencia, en relación con esa jurisprudencia precedente, degrada la función constitucional de los estatutos como normas integradas en el bloque de la constitucionalidad. Sobre esta cuestión los teóricos vamos a seguir discutiendo largamente, aunque es cierto que ya ha hablado el Tribunal que tiene la última palabra. Con todo, conviene advertir que esta última palabra es mutable como lo demuestra el hecho de que la «ingeniería constitucional» relativa a las competencias, que ahora tanto se critica del Estatuto, fue admitida pacíficamente en 2007 por la Sentencia sobre el Estatuto valenciano; algo debe haber ocurrido en el Tribunal entre estas dos fechas.

El Estatuto pretendía también acotar el alcance de las bases. La Sentencia suscita aquí alguna perplejidad. En primer lugar reitera la doctrina de que las bases estatales pueden contenerse no sólo en leyes, sino también en reglamentos e incluso en actos meramente ejecutivos –autorizaciones, licencias...– y pueden tener el detalle que el legislador estatal considere conveniente. En aplicación de esta doctrina, declara inconstitucionales dos incisos del precepto estatutario correspondiente; sin embargo, lo que queda del artículo tras esta amputación permite deducir que las bases deben contenerse en disposiciones, no en actos de ejecución, y que esas disposiciones deben ser únicamente un marco que debe permitir concreciones y desarrollo, es decir, no pueden ser de detalle. Veremos cómo se resuelve en la práctica esta contradicción. Finalmente, el Estatuto pretendía incorporar a las competencias ejecutivas la posibilidad de que la Generalitat pudiera dictar reglamentos dotados de efectos más allá de los puramente de organización interna. Aunque la Sentencia emplea expresiones ciertamente abiertas al referirse a esta cuestión, sin duda que va a ser difícil argumentar que en ellas caben los reglamentos dotados de efectos «externos». Es verdad que en

algún pasaje de la Sentencia se incluye en la competencia de ejecución de la Generalitat «actos de ejecución [...] de carácter normativo» como la fijación de los servicios mínimos en caso de huelga, pero también lo es que en otros fundamentos jurídicos llega a afirmarse que en supuestos en los que el Estado tiene reservada la legislación y la Generalitat la ejecución el legislador estatal puede reservarse los actos de ejecución que crea pertinentes: es difícil hallar un mejor ejemplo de la facultad que el Tribunal Constitucional concede al legislador estatal ordinario de modificar a su antojo el sistema constitucional de distribución de competencias.

Naturalmente, las drásticas limitaciones impuestas por la Sentencia a las «definiciones» de las competencias tienen repercusión directa en los sesenta artículos que regulan las competencias concretas de la Generalitat. En suma, puede concluirse que la Sentencia desactiva prácticamente todas las novedades que pretendía introducir el Estatuto en este ámbito. La situación después de la Sentencia será la misma que existía antes de aprobarse el texto estatutario (salvando algunas competencias nuevas y las potestades de participación en ciertas decisiones estatales). Es decir, la delimitación de las competencias continuará quedando en la práctica a la libre disposición del legislador estatal ordinario con el único control del Tribunal que ejercerá utilizando como único parámetro para enjuiciar las decisiones estatales el texto sumamente abierto de la Constitución.

En relación con el sistema de financiación sucede algo parecido a las competencias. La Sentencia declara respecto de una buena parte de sus preceptos (desde los que establecen los porcentajes que corresponden a la Generalitat en cada uno de los impuestos cedidos hasta las inversiones que deben hacerse en infraestructuras) que su contenido no vincula al legislador estatal. Serían algo así como meros compromisos políticos. Ciertamente en este caso la mayoría de las leyes que deben desarrollar estos compromisos se han dictado ya o están en tramitación con lo que, más allá del debate de si en ellos se recoge fielmente lo previsto en el Estatuto, podría afirmarse que van a ser escasos los efectos prácticos inmediatos de la interpretación dada por el Tribunal a los mencionados preceptos. Sin embargo, se ha perdido la garantía que ofrecía frente al legislador estatal su incorporación al Estatuto y éste queda de hecho supeditado a la LOFCA y a otras leyes estatales.

Estos son, a mi juicio, los efectos jurídicos de la Sentencia; a ustedes corresponde valorarlos. Mi valoración podría resumirse así: discrepo radicalmente de buena parte de la fundamentación jurídica, del tono utilizado, de la prevención política que rezuma y del desconocimiento de la realidad catalana (de la lingüística entre otras). Ocasión habrá, sin embargo, para abordar esta cuestión.

2. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ANTE EL ESTATUTO

El Tribunal Constitucional ante
el Estatuto (71-73)
Antoni Bayona Rocamora

El Tribunal Constitucional ante
el Estatuto (74-78)
Víctor Ferreres Comella

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ANTE EL ESTATUTO

Antoni Bayona Rocamora*

Los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 (EAC) han suscitado un amplio debate en el ámbito político y también jurídico sobre las posibilidades y conveniencia de una intervención del Tribunal Constitucional (TC) en relación con una ley –el Estatuto– que tiene unas características propias y diferentes de otras leyes y que ha sido sometida a referéndum de los ciudadanos.

En términos estrictamente jurídicos no se puede sostener la tesis de la incompetencia del TC para conocer de los recursos sobre el EAC. Los estatutos son normas que quedan sometidas a la Constitución y, por lo tanto, no están exentas del control de constitucionalidad, tal como determina expresamente el artículo 27.2.a de la Ley Orgánica del TC. Cuestión distinta es la valoración que merezca este hecho en el plano político y social por la *afectación* que puede suponer la Sentencia sobre un asunto que ya ha sido sometido a consulta popular.

Sin embargo, la posibilidad de que el EAC pueda ser sometido a juicio de constitucionalidad no excluye el que pueda argumentarse a favor de la existencia de unos límites en el ejercicio de la función jurisdiccional, que se justifican por la especial naturaleza que poseen los estatutos como normas jurídicas.

La justicia constitucional, en cuanto tal, ha suscitado siempre un profundo debate en torno a los efectos que puede tener sobre los actos que son fruto de la expresión del principio democrático inherente al ejercicio de la potestad legislativa. La aplicación en los tribunales constitucionales del calificativo de «legisladores negativos» pone de relieve este problema. Por esta razón, la doctrina y la propia jurisprudencia constitucional comparada suelen estar de acuerdo al considerar que los tribunales constitucionales deben aplicar un criterio de «deferencia» hacia el legislador o de *self-restraint* en el ejercicio de sus funciones de control sobre las leyes. Este principio se traduce, entre otras cosas, en la presunción de constitucionalidad de las leyes, en la posibilidad de interpretación «conforme» con la Constitución cuando existe este margen y en la interdicción de declaraciones de inconstitucionalidad «preventivas», es decir, por el hecho de

* Antoni Bayona Rocamora, letrado del Parlamento de Cataluña.

que en la aplicación de la norma pueda existir el riesgo de una solución contraria a la Constitución.

Si este criterio es aplicable en general a cualquier ley que tiene que ser valorada por el TC, se puede afirmar que debe extremarse todavía mucho más en el caso de los estatutos de autonomía, vista la función constitucional que cumplen.

La arquitectura del sistema autonómico no está plenamente definida ni acabada en la misma Constitución, porque el constituyente optó por un modelo especialmente abierto que remitía su resultado final a una norma específica (los estatutos) encargada de cumplir con esta función constitucional. Este escenario permite considerar a los estatutos como normas que aplican y complementan directamente la Constitución, a las cuales puede asignarse el calificativo de normas «materialmente» constitucionales tal como reconoce un importante sector doctrinal y también el propio TC en la Sentencia relativa al EAC (FJ 3).

Desde esta perspectiva, el legislador estatutario se sitúa más en el plano del legislador constituyente que en el del legislador constituido y ello debería suponer la aplicación más estricta del principio de deferencia, al menos en aquellos aspectos de la regulación estatutaria sobre los que puede considerarse que la Constitución otorga un amplio margen de recorrido a los estatutos.

Sin embargo, uno de los aspectos más criticables de la Sentencia del EAC es la falta de sensibilidad que el TC muestra sobre este hecho, que lo lleva a ignorar o, en el mejor de los casos, a negar cualquier efecto a la función constitucional que cumplen los estatutos, tanto en lo relativo a los parámetros de control utilizables como en lo referente al hilo conductor de la argumentación de la decisión. En este sentido el TC no sólo no aplica el principio de deferencia en su juicio de constitucionalidad sino que, paradójicamente, se puede apreciar en sus argumentos una desconfianza y una aproximación preventiva hacia la norma, que lo llevan a un activismo judicial que llega a concretarse incluso en declaraciones interpretativas innecesarias.

En el fondo de esta línea lo que se aprecia realmente es una clara devaluación del papel y el significado del Estatuto, que el TC no quiere considerar en ningún caso que ocupe un lugar relevante dentro del bloque de la constitucionalidad que pueda condicionar la función del TC como intérprete supremo de la Constitución. Para el Tribunal, la Constitución y el TC son los dos únicos protagonistas del escenario, quedando relegado el Estatuto a un papel claramente secundario.

Esta forma de ver las cosas lleva en numerosas ocasiones a tratar el Estatuto más como una norma autonómica que como una norma estatal, lo que ver-

daderamente es. En este sentido la Sentencia desactiva muchas disposiciones estatutarias con el argumento de que el Estado no puede quedar comprometido por el EAC y tiene que quedar libre para tomar sus determinaciones por ley ordinaria u orgánica, es decir, al margen de un marco sometido a un régimen de reforma especialmente rígido.

Sin embargo, esta visión del texto estatutario no sólo devalúa su papel como norma jurídica sino que también implica desconocer el valor de pacto político en que se basa el ejercicio del derecho a la autonomía reconocido por la Constitución y que se articula mediante un marco normativo de concurrencia de voluntades.

Por las razones que acaban de exponerse, puede concluirse que el TC ha cuestionado en su Sentencia dos elementos básicos que están implícitos en el pacto constituyente: el valor del EAC como norma jurídica en que se concreta el ejercicio del derecho a la autonomía dentro del marco de apertura y flexibilidad que permite la Constitución de 1978; y el valor de pacto político que representa el Estatuto, que el TC debería haber respetado ejerciendo un control de constitucionalidad especialmente medido y deferente hacia el legislador y el pueblo catalán, en función de estas dos premisas.

En otro orden de consideraciones, hay que subrayar asimismo que la Sentencia sobre el Estatuto pone fin, en la práctica, al intento de profundizar en el autogobierno dentro del marco que determina la Constitución. La voluntad política subyacente en la reforma del Estatuto se fundamentaba en la posibilidad jurídica de que la Constitución consintiera al legislador estatutario un margen de maniobra superior al que en su momento se había concretado en el Estatuto de 1979. Aunque hay que reconocer que en algunos aspectos concretos el Estatuto de 2006 podría situarse en el límite permitido por el marco constitucional, existía en Cataluña un amplio consenso sobre la existencia de este margen de maniobra en aspectos claves como es el caso, por ejemplo, del contenido material de la autonomía que se concreta en la atribución de competencias a la Generalitat, función que el artículo 147.3 CE remite claramente a los estatutos.

A pesar de ello, una de las conclusiones más claras y evidentes que se desprenden de la Sentencia es que este margen de recorrido resulta prácticamente inexistente, lo cual significa descartar en el futuro la utilización de la vía estatutaria para la mejora del autogobierno, con las consecuencias que de ello pueden derivarse no sólo en el plano jurídico sino también en el social y el político.

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ANTE EL ESTATUTO

Víctor Ferreres Comella*

La Sentencia del Tribunal Constitucional acerca del Estatuto de Autonomía de Cataluña nos obligará a los estudiosos, entre otras cosas, a reflexionar acerca de la «teoría de la justicia constitucional». Concretamente, nos llevará a refinar nuestras concepciones sobre las condiciones y las razones por las que resulta legítimo que una norma aprobada a través del proceso democrático sea finalmente descalificada por un órgano jurisdiccional. Después de tantos años durante los cuales muchos constitucionalistas han considerado que la llamada «dificultad contra-mayoritaria» que entraña el control judicial de la ley es un problema peculiar de los Estados Unidos, ya «superado» en Europa, la Sentencia sobre el Estatuto catalán nos muestra la necesidad de pensar seriamente sobre este clásico problema y de verlo a la luz de las circunstancias del momento actual.

Me refiero, naturalmente, a la reflexión sobre los fundamentos últimos de la justicia constitucional. Pues, desde un punto de vista formal, con la ley en la mano, nadie puede tener duda alguna acerca de la plena competencia del TC para resolver el recurso contra el Estatuto (artículo 27.2.a de la LOTC). Algunas voces absolutamente minoritarias han entendido que la LOTC es en este punto inconstitucional, al atribuir al TC un control sobre los estatutos que la Constitución no prevé. Además, se ha planteado la posibilidad de reformar la LOTC para impedir al TC pronunciarse en el futuro acerca de la validez de los estatutos. A mi juicio, la actual regulación de la LOTC es perfectamente constitucional. Es más: cabe argumentar que sería inconstitucional modificarla con el fin de que los estatutos gozaran de inmunidad frente al control por parte del TC. Los principios de supremacía de la Constitución, de jerarquía normativa, de sometimiento de los poderes públicos a la Constitución y al derecho, así como la cláusula general del Estado de derecho, apuntan todos ellos a la necesidad de establecer mecanismos para reaccionar jurisdiccionalmente contra las normas inferiores a la Constitución que contravengan lo dispuesto en ésta. En todo caso, la carga de la argumentación la tienen quienes defiendan la tesis de la absoluta

* Víctor Ferreres Comella, profesor de derecho constitucional de la Universidad Pompeu Fabra y Escuela Judicial.

singularidad de los estatutos, como únicas normas cuya validez, de reformarse la LOTC en la línea indicada, no podría ser contestada jurisdiccionalmente en nuestro sistema.

Se dice a veces que nuestra Constitución es tan abierta en materia de distribución territorial del poder que no existe posible parámetro bajo el que valorar la validez de los estatutos. Pero esta tesis no es plausible. Nuestra Constitución, en efecto, remite a los estatutos y a otras normas para cerrar la Constitución territorial, pero eso no significa que no diga nada sustancioso que pueda llegar a imponerse al legislador estatuyente. Cuántas cosas se extraigan de la Constitución para limitar al poder estatuyente depende, naturalmente, de cómo interpretemos la Constitución. Y la interpretación efectuada por el TC al asignar contenido específico a tales restricciones puede variar. Pero no parece aceptable zanjar, de entrada, esta cuestión a base de imposibilitar al TC para que fije cuáles son, en su caso, las restricciones constitucionales que, a su juicio, todo estatuto debe observar.

Ahora bien, aunque las cosas estén bastante claras desde un punto de vista jurídico-formal, lo cierto es que andamos necesitados de una buena teoría para legitimar de un modo más profundo que el TC pueda llegar a anular preceptos estatutarios que han sido aprobados, no sólo por los representantes políticos que integran los correspondientes parlamentos (autonómico y estatal), sino también por los ciudadanos en referéndum. Ciertamente, las cosas habrían sido más fáciles si el TC se hubiera podido pronunciar acerca de la validez del Estatuto catalán antes de la celebración del referéndum. Pero al no haberse efectuado la necesaria reforma de la LOTC para que tal control previo fuera posible, nos encontramos con una Sentencia que dice «no» a disposiciones que gozaron del respaldo de la inmensa mayoría de los ciudadanos que participaron en el referéndum.

Para contribuir al ensayo de una posible «respuesta» a la inevitable objeción democrática que aquí se plantea, me parece que se pueden decir algunas cosas. En primer lugar, conviene insistir en que no es una rareza, en derecho comparado, que normas aprobadas en referéndum sean invalidadas por los jueces. En los Estados Unidos, por ejemplo, «cuna» de la justicia constitucional, los jueces han tenido que pronunciarse con alguna frecuencia acerca de la validez de normas salidas de procedimientos de democracia directa, y no ha sido raro que hayan decretado su invalidez. Por poner dos casos importantes decididos por el Tribunal Supremo, la Sentencia *Gonzalez v. Raich*, 545 US 1 (2005) estima contraria al derecho federal una ley californiana aprobada en referéndum (relativa al uso médico de determinadas drogas), y la Sentencia *Romers v. Evans*, 517

US 620 (1996) invalida una reforma de la Constitución de Colorado aprobada en referéndum (que disminuía la protección del derecho a la igualdad por razón de orientación sexual).

En segundo lugar, hay que refinar la doctrina de la deferencia judicial. Aunque es muy razonable sostener que un tribunal debe ser muy deferente hacia el legislador cuando éste cuenta con el respaldo manifestado por los ciudadanos en un referéndum, habría que hacer una distinción, en función de si el legislador cuya obra se evalúa tiene o no competencia para regular la materia de que se trate. Si es plenamente competente, está justificado sostener que (por regla general) el juez sólo debe invalidar la norma aprobada en un proceso de tan alta intensidad democrática si está muy claro –más allá de toda duda razonable– que la norma es, en efecto, contraria a la Constitución. En el segundo caso, en cambio, cuando el legislador no es competente, la deferencia no tiene mucho sentido, pues la intensidad democrática del procedimiento sólo es valiosa si el procedimiento ha observado las reglas de competencia. Si se me permite un ejemplo extremo, a nadie le impresionaría que el Parlamento español, y los ciudadanos españoles en referéndum, aprobaran una norma acerca de cómo deben celebrarse los juicios penales en el Estado de Texas. El juez que tuviera que valorar la validez (o aplicabilidad, eficacia, etc.) de la norma en cuestión no tendría por qué ser muy «deferente», pues, en tal caso, tendría que plantearse una cuestión previa y fundamental, relativa al círculo de materias que pueden ser reguladas por el procedimiento democrático que se ha puesto en marcha.

Pues bien, creo que esta distinción puede arrojar alguna luz a la hora de preguntarse si el TC, en la Sentencia sobre el Estatuto catalán, ha sido o no poco deferente hacia el legislador. En principio, podríamos llegar a apreciar un bajo nivel de deferencia (es decir, podríamos apreciar un exceso de «activismo») en la parte de la Sentencia en la que se examinan opciones del legislador estatuyente que claramente se refieren a materias reservadas (o permitidas) al Estatuto. Quizás el tema de la lengua sea uno de ellos. Es más, podríamos decir que un modo de mostrar respeto al legislador es abrirse a la posibilidad de que la doctrina seguida hasta ahora por el TC sea reconsiderada, a la vista de la «discrepancia» que expresa ese legislador. El diálogo entre las instituciones democráticas y el TC es un sano ejercicio, que facilita una evolución crítica de la jurisprudencia. Quizás, por ejemplo, el automatismo con que el TC ha aplicado su doctrina en materia de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas es criticable desde este ángulo.

Ahora bien, muchas otras partes del Estatuto han sido desactivadas por el TC por entender que rebasaban el campo de cuestiones que pueden regularse en

un estatuto. Por poner un ejemplo sencillo, si el Estatuto no es la norma competente para fijar (aunque sea de modo indirecto y fragmentario) las atribuciones relativas del TSJ y del TS, entonces no hay más remedio que declarar que el Estatuto es inválido (o ineficaz, o inútil, etc.) por extralimitarse. Resulta irrelevante aquí con qué intensidad democrática ha sido aprobado el Estatuto. Es más, si estamos de acuerdo, por ejemplo, en que los tribunales de justicia integran un poder del Estado (y no de la Comunidad Autónoma), entonces no se entiende muy bien, en buena teoría democrática, por qué sólo han sido llamados a referéndum los ciudadanos de Cataluña (o de otras Comunidades Autónomas, como la andaluza, que han copiado partes de las disposiciones del Estatuto catalán en esta materia), excluyendo a los ciudadanos del resto de España. La única réplica que se me ocurre es que (por seguir con el mismo ejemplo) es posible tener 17 repartos de jurisdicción distintos entre el TS y el TSJ, en función de lo que diga cada Estatuto. En tales circunstancias, es correcto, sí, que sólo sean llamados a referéndum los ciudadanos de la Comunidad afectada por el nuevo reparto de funciones entre el TS y el TSJ, pero me parece dudoso que un esquema organizativo de este tipo sea sostenible. En todo caso, de admitirse un esquema de esta naturaleza, nos estaríamos alejando claramente de la senda federal (por la que nuestro sistema autonómico, una vez consolidado, tiene cierta vocación). En el sistema federal, el principio democrático opera básicamente del siguiente modo: cada región regula autónomamente sus órganos y asuntos propios (con democracia directa o representativa en el ámbito regional), y la federación en su conjunto regula los órganos y asuntos comunes (con democracia directa o representativa en el ámbito federal).

Por último, es interesante señalar que la Sentencia sobre el Estatuto ejemplifica bien una de las versiones de la famosa paradoja de la democracia. En efecto, por un lado, una norma aprobada con gran solemnidad democrática es invalidada por un tribunal de justicia, un órgano que tiene menor legitimidad democrática. Pero, por otro lado, el Tribunal hace lo que hace (en parte) para evitar una excesiva petrificación del ordenamiento jurídico, asegurando así que el proceso político ordinario esté abierto en el futuro a la posibilidad de que se sucedan cambios normativos en función del juego de las mayorías parlamentarias. La regla general en democracia es la mayoría simple, pues maximiza el «principio de reversibilidad de las decisiones normativas» (según recuerda el TC en el FJ 6). El TC, en muchos momentos de su Sentencia, desbroza el camino para que sea la ley «ordinaria» (estatal o autonómica) la que regule cierta materia, sin estar limitada innecesariamente por la norma estatutaria. Ciertamente, hay razones para desviarse de la regla de la mayoría simple en varios contextos,

y el constitucionalismo democrático no es otra cosa que el intento de justificar que la regla se vea excepcionada en una serie de supuestos. Pero no conviene convertir la regla de la mayoría en un procedimiento residual. En la medida en que pueda verse la Sentencia, en algunas partes, como una reacción a favor de la regla de la mayoría simple, tendríamos que concluir que el «coste» democrático que significa invalidar un precepto aprobado en referéndum se ve compensado, hasta cierto punto, por un «beneficio» democrático: se está garantizando que tanto el Estado como la Comunidad Autónoma, al ejercer sus respectivas competencias, podrán inclinarse a favor de una determinada opción legislativa, en función de la deliberación y negociación que se produzca en cada momento histórico entre los representantes políticos elegidos por el pueblo.

3. EL ESTATUTO COMO NORMA Y SU FUNCIÓN CONSTITUCIONAL

Concepto y función del Estatuto de Autonomía en la Sentencia 31/2010, de 28 de junio, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña (81-85)

Enoch Albertí Rovira

La función constitucional del Estatuto en la Sentencia 31/2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña (86-90)

Josep M. Castellà Andreu

El Estatuto como norma y su función constitucional. Comentario a la Sentencia 31/2010 (91-95)

Enric Fossas Espadaler

El Estatuto como norma jurídica (96-100)

Joaquín Tornos Mas

CONCEPTO Y FUNCIÓN DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA EN LA SENTENCIA 31/2010, DE 28 DE JUNIO, SOBRE EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE CATALUÑA

Enoch Albertí Rovira*

En un primer examen de la STC 31/2010, de 28 de junio, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por 99 diputados del Grupo Popular en el Congreso de los Diputados contra el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006, una de las cuestiones que destaca y parece poder adquirir mayor trascendencia, más allá incluso de los pronunciamientos concretos del Tribunal Constitucional sobre los preceptos impugnados, es la concepción que el Tribunal manifiesta sobre los estatutos de autonomía y la función que se les asigna. Esta cuestión adquiere una importancia capital, porque se sitúa en la base de muchas de las decisiones que toma el Tribunal, especialmente las que afectan a la relación entre el Estatuto y las leyes estatales, en particular las orgánicas, pero no sólo estas.

La Sentencia, en esta materia, empieza afirmando el principio de subordinación de los estatutos en la Constitución, como ha hecho reiteradamente desde el principio de su jurisprudencia, que cita expresamente (STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 3). Sobre este principio, que es obvio, no hay nada que objetar, naturalmente. Pero algunas observaciones que efectúa el Tribunal ya de entrada para justificarlo inducen a pensar que los estatutos, en general, recibirán en la Sentencia una consideración especialmente limitada que, a mi entender, no se corresponde exactamente con la que había manifestado el propio Tribunal en su jurisprudencia anterior. Sin ir más lejos, en este comentario de urgencia hay que recordar que la STC 247/2007, de 12 de diciembre, sobre el Estatuto de la Comunidad Valenciana, había afirmado que los estatutos estaban subordinados a la Constitución, pero también, en palabras textuales, que la complementaban (FJ 6). Y la STC 247/2007 se extendía largamente al precisar la relación entre la Constitución y el Estatuto, y después entre el Estatuto y las leyes estatales, especialmente las orgánicas.

La STC 31/2010 comienza el tratamiento de esta cuestión (FJ 3) señalando que «los estatutos de autonomía son normas subordinadas a la Constitución,

* Enoch Albertí Rovira, catedrático de derecho constitucional de la Universidad de Barcelona.

como corresponde a disposiciones normativas que no son expresión de un poder soberano, sino de una autonomía fundamentada en la Constitución y garantizada por ella [...]». El Tribunal parece reflejar la idea en esta expresión tan concisa y rotunda (como tantas otras expresiones que utiliza, muchas veces de carácter apodíctico, en esta Sentencia tan parca y expeditiva de argumentos) de que el Estatuto es más bien una norma emanada de la Comunidad, más que una norma que, a través de un procedimiento complejo y negociado, expresa el reconocimiento y una determinada configuración de la autonomía de la Comunidad. Es significativo para el carácter y la función que después se reconoce al Estatuto que no se diga nada (a diferencia de lo que se hacía en la STC 247/2007) sobre el procedimiento *paccionado* (o complejo, según la terminología utilizada por el Tribunal Constitucional) del Estatuto.

La STC 247/2007, como ya se ha indicado, decía expresamente que los estatutos complementaban la Constitución. Y de aquí, en general, derivaba sus funciones constitucionales y su posición en el ordenamiento, respecto de las otras leyes, estatales y autonómicas. Esta «complementación» de la Constitución no afecta, naturalmente, a la subordinación de los estatutos respecto de la Constitución, pero ayuda a determinar la posición que tienen respecto de las demás leyes. En este sentido la STC 31/2010 no hace referencia a esta función de complementar la Constitución y, más bien al contrario, afirma expresamente que aunque el Estatuto pueda cumplir funciones «materialmente constitucionales», esta calificación posee un significado y un valor meramente «doctrinal o académico» (eso quiere decir, supongo, que no tiene un valor normativo, lo que, al menos hasta donde conozco, nadie discute; pero refleja sobre todo la idea de que no se puede extraer ninguna consecuencia del hecho de que los estatutos complementen materialmente la Constitución). Y sigue diciendo que «su posición en el sistema de fuentes es, por lo tanto, la característica de las leyes orgánicas». No se trata de contraponer la STC 31/2010 con la STC 247/2007, y menos aún con la intención de resaltar las eventuales bondades de una frente a la otra, porque la STC 247/2007 contiene también, a mi entender, aspectos criticables. Pero sí es obvio que existen diferencias importantes en esta cuestión decisiva entre las dos sentencias, muy próximas en el tiempo y el objeto, que deberán examinarse con más detalle en estudios elaborados con más pausa y una perspectiva más amplia.

Esta es la primera idea que querría apuntar en este comentario de urgencia: la reducción, hasta la práctica supresión, de la concepción y consiguiente función del Estatuto como norma complementaria de la Constitución que se había apuntado en sentencias anteriores.

Este desconocimiento, o negación, de la función del Estatuto como complemento de la Constitución en materia territorial influye de manera decisiva en la segunda cuestión que querría destacar, que es la posición del Estatuto respecto de las leyes estatales, y especialmente, pero no sólo, las orgánicas.

La STC 31/2010 parte expresamente de la afirmación de que los estatutos «se integran en el ordenamiento bajo la forma de un tipo específico de ley estatal: la ley orgánica»; y que «su posición en el sistema de fuentes es, por lo tanto, la característica de las leyes orgánicas, esto es, la de normas legales que se relacionan con otras normas con arreglo a dos criterios de ordenación: el jerárquico y el competencial. En tanto que normas legales, el de jerarquía es el principio que ordena su relación con la Constitución en términos de subordinación absoluta. En cuanto normas legales a las que queda reservada la regulación de ciertas materias, el principio de competencia es el que determina su relación con otras normas legales, cuya validez constitucional se hace depender de su respeto al ámbito reservado a la ley orgánica [...]» (FJ 3).

Se produce aquí la afirmación esencial, a mi entender, de la STC 31/2010 para determinar la posición de los estatutos respecto de las leyes estatales: son leyes orgánicas y se relacionan con el resto de la legislación estatal según el criterio propio de éstas, esto es, el principio de competencia material.

Desaparece aquí otro elemento que, en este ámbito (aunque a mi entender no se le extrajeron todas las consecuencias posibles), estaba presente en la STC 247/2007: la especial rigidez que la Constitución ofrecía a los estatutos, como argumento a tener en cuenta a la hora de precisar su posición en el ordenamiento (FJ 6). En la STC 31/2010 desaparece toda mención a la rigidez que la Constitución confiere a los estatutos, de la misma manera que desaparece toda referencia a la función de complemento de la Constitución que realizan en el sistema autonómico de 1978. Los estatutos son, simplemente, leyes orgánicas, subordinadas a la Constitución y que se relacionan con el resto de las leyes estatales según un criterio de competencia. Esto sólo basta para constatar el limitado papel que la STC 31/2010 confiere a los estatutos y la devaluación de su concepción.

Más adelante, en estudios más profundizados, habrá ocasión de examinar con mayor detalle esta *nueva* concepción de los estatutos en la STC 31/2010 y las concretas consecuencias que se derivan, así como su congruencia, o la falta de ella, con el sistema autonómico español, tal como lo ha entendido el propio Tribunal Constitucional hasta el momento. Interesa ahora poner de relieve que esta concepción presenta de entrada algunos problemas de coherencia en la propia Sentencia y que, por otra parte, tiene como consecuencia una fuerte devaluación del valor normativo de los estatutos.

Si, en primer lugar, los estatutos se relacionan con las otras leyes estatales, incluidas las orgánicas, según un mero criterio de competencia como si de una ley orgánica más se tratara, resulta esencial, entonces, determinar con precisión el ámbito material que les está reservado, ya que servirá para delimitar su ámbito de validez o, en su caso, de eficacia. Y aquí se producen algunas incongruencias en la STC 31/2010. Admite que el contenido posible del Estatuto no es sólo aquel que la Constitución le reserva expresamente (art. 147.2 CE y cláusulas específicas), sino que también puede incluir, como afirmó en la STC 247/2007, otras materias, conectadas a la función de los estatutos como normas institucionales de la Comunidad, tanto en su dimensión interna como de relación con el Estado. Se tiene que aclarar aquí, creo que sin duda, que no estamos ante la figura de las materias conexas a las leyes orgánicas, que por el hecho de poder formar parte de la ley orgánica no adquieren esta naturaleza, sino más bien de un criterio para determinar la materia propia de los estatutos. Admitido por lo tanto que una materia puede formar parte del estatuto, se incorpora con todo su valor y efectos (que no tienen por qué ser la generación de efectos jurídicos directos e inmediatos). Sin embargo, el Tribunal Constitucional admite en ocasiones que una determinada cuestión pueda formar parte del Estatuto pero sustrayéndole todo efecto jurídico, dejando completa libertad al legislador estatal para decidir (financiación, fórmulas de participación con el Estado, justicia, más allá de lo que ha declarado inconstitucional). Podría haber declarado que estas materias no podían figurar en el Estatuto. No obstante, habiendo admitido su inclusión, no puede negarles cualquier efecto, porque entonces estaría devaluando completamente el valor jurídico del Estatuto, que, siendo una ley estatal aprobada también con el acuerdo del Parlamento de la Comunidad y ratificada en referéndum popular, no es un instrumento destinado a establecer meras recomendaciones políticas.

Esta posición debilitada del Estatuto, desprovista de valor normativo, se manifiesta asimismo en otros ámbitos, que indudablemente sí forman parte de su contenido reservado, incluso como contenido mínimo necesario. Especialmente preocupante en este sentido es lo que sucede en el ámbito de las competencias, no sólo en las declaraciones de inconstitucionalidad (para negarle la capacidad de definir las funciones) sino también en la interpretación que se realiza respecto de la delimitación material de los títulos competenciales autonómicos (con el efecto reflejo respecto del Estado, consustancial e inevitable). Ello queda bien ilustrado por la afirmación del Tribunal Constitucional de que la expresión «en todo caso» que utiliza el Estatuto para acotar y garantizar los subsectores que integran la materia atribuida a la competencia de la Generalitat

tiene un valor meramente descriptivo, que en nada impide la penetración de títulos estatales. Así, dicho en estos términos genéricos, y no sólo como excepción y/o con matices, ¿en qué queda entonces la función del Estatuto para delimitar las competencias? El Tribunal Constitucional opera como si estuviéramos en un estado federal: la Constitución atribuye las competencias al Estado y el Tribunal las interpreta, en exclusiva. Sin tener en cuenta que aquí existe una norma intermedia que resulta imprescindible para completar y configurar la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, operación cuya necesaria existencia, exigida por la propia Constitución, expresa claramente que la Constitución no es autosuficiente y reclama normas posteriores, que reflejan un pacto político que no puede ser olvidado ni sustituido por el Tribunal. La distribución de competencias tenía que completarse con los estatutos, uno por cada Comunidad. Que eso era complicado, que comportaba la posibilidad de singularizar la posición de algunas comunidades y, por lo tanto, diversidad potencial, era cuestión que ya se conocía. Como se sabía también que, precisamente porque ofrecía esta posibilidad de diversidad y singularidad, el Estado autonómico constituía una solución adecuada para resolver la compleja problemática territorial española. Si se elimina esta capacidad, se abren interrogantes importantes sobre la capacidad del sistema para seguir cumpliendo con su función.

LA FUNCIÓN CONSTITUCIONAL DEL ESTATUTO EN LA SENTENCIA 31/2010 SOBRE EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE CATALUÑA

Josep M. Castellà Andreu*

1.

Cuando se comenta y valora la Sentencia sobre la constitucionalidad del Estatuto de Autonomía de Cataluña, se tiende a fijar en las declaraciones de inconstitucionalidad o en las interpretaciones conforme sobre sus contenidos (lengua, poder judicial, competencias o financiación). Acostumbra a pasar más desapercibido, quizás porque la lectura del fallo no parece que dé lugar a ningún pronunciamiento de inconstitucionalidad ni a ninguna interpretación conforme, el análisis sobre la consideración que el Tribunal Constitucional hace del Estatuto como norma jurídica; de sus contenidos posibles; de su relación con la Constitución y otras normas, particularmente de leyes orgánicas especiales, es decir, de su posición en el ordenamiento jurídico; así como la relación entre el Estatuto y el Tribunal Constitucional. En definitiva, se trata de los aspectos que ayudan a determinar la naturaleza jurídica y la función o funciones que la Constitución asigna al Estatuto de Autonomía. La relevancia de un acercamiento a estas cuestiones –aparentemente teóricas– se debe a que constituyen la base del recurso de los diputados del Grupo Popular, de los contenidos de la Sentencia y también del papel que adopta el propio Tribunal Constitucional a la hora de juzgar el Estatuto. A continuación trataremos de averiguar cuáles son las funciones constitucionales del Estatuto de acuerdo con lo que se desprende de la Sentencia 31/2010. Hay que aclarar de entrada que cuando el Tribunal habla de función constitucional se refiere a la función que la Constitución otorga al Estatuto, no al carácter materialmente constitucional de las funciones atribuidas: en eso está parte de la problemática suscitada. Dicha Sentencia trata este tema de manera sistemática sobre todo en los primeros fundamentos jurídicos (FFJJ 3-6), en lo que podríamos considerar como *la parte general*, y vuelve al mismo cuando se pronuncia sobre las competencias, antes del análisis concreto de los preceptos impugnados (FFJJ 57-58). Y lo hace de la misma manera que en el resto de asuntos: de forma sucinta, sin grandes argumentaciones y citando muy poca jurisprudencia anterior.

* Josep M. Castellà, profesor titular de derecho constitucional de la Universidad de Barcelona. Este comentario se inserta en las actividades del proyecto de investigación «Estado autonómico y democracia: los derechos de participación en los estatutos de autonomía» (MCI, DER 2009-12921).

2.

La Sentencia parte en el FJ 3 de una afirmación que constituye una declaración de principios, por otra parte obvia: «Los Estatutos de Autonomía son normas subordinadas a la Constitución, como corresponde en disposiciones normativas que no son expresión de un poder soberano, sino de una autonomía fundada en la Constitución». Y acto seguido, especificando lo anterior, recuerda: «Los Estatutos de Autonomía se integran en el Ordenamiento bajo la forma de un específico tipo de ley estatal: la ley orgánica». A partir de estas premisas, el Tribunal trata de identificar la función constitucional del Estatuto teniendo en cuenta dos aspectos: su posición en el ordenamiento jurídico y los contenidos constitucionalmente posibles. La primera cuestión en buena medida está determinada por su relación con otras categorías de normas y se articula a través de los principios de jerarquía (subordinación a la Constitución) y de competencia (con respecto a las demás leyes del Estado, en particular las orgánicas). En la medida en que existen en la Constitución reservas de leyes singulares, el Estatuto debe respetarlas. Aquí entra en juego el segundo aspecto aludido, el de los contenidos estatutarios.

Para afrontar esta cuestión, el Tribunal sigue aquí (FFJJ 4 y 5) sustancialmente la tipología de contenidos ya enunciada en la STC 247/2007, FJ 12. Así, distingue entre los contenidos «necesarios» y los «posibles». Los primeros son «obligados» por la Constitución, y los integran sustancialmente los del art. 147.2 CE pero también otros que aparecen citados expresamente por la Constitución a lo largo de su articulado. Para el Tribunal, los contenidos necesarios (o «mínimos», o «explícitos») no agotan el contenido lícito del Estatuto, que también incluye los contenidos posibles. Éstos constituyen contenidos «adicionales» porque no se derivan de un mandato expreso de la Constitución y son un «complemento adecuado» de los otros. En este caso, sin embargo, al ser «implícitos», es preciso fijar un criterio de identificación: la conexión con previsiones constitucionales y con la función que la Constitución atribuye al Estatuto. La cuestión consiste entonces en averiguar cómo se identifica la conexión de estos contenidos con la función constitucional del Estatuto en tanto que «norma institucional básica de cada comunidad autónoma» (art. 147.1 CE). Desde este punto de vista, según la Sentencia, que cita la 247/2007, FJ 12, el Estatuto regula los aspectos funcionales, institucionales y competenciales de cada comunidad autónoma. Se añade de forma más acabada, en otro momento: el autogobierno, la autoorganización y la identidad o, en otro aún, la existencia y la identidad, además de las competencias (FJ 5). Este último aspecto supone definir un ámbito privativo de normación y ejercicio del poder público de la comunidad autónoma; a la vez «contribuye a per-

filar» el ámbito de normación y poder propio del Estado, sin que eso último haga del Estatuto «una norma atributiva de las competencias del Estado» (FJ 4).

Ello implica que no es posible incluirlo todo en el Estatuto. Existen unos límites que la Sentencia resume en dos órdenes: «límites cualitativos», para hacer referencia a los contenidos propiamente constitucionales, es decir, los contenidos que corresponden al poder constituyente por contraposición a los de los poderes constituidos (ya sean contenidos directamente establecidos en la norma suprema, ya sean otros que ésta remite a una norma determinada); y «límites cuantitativos», que aluden a la reversibilidad de las decisiones normativas –lo cual es inherente a la democracia– y al grado de densidad o concreción normativa que normalmente tiene una ley y no posee el Estatuto (FJ 6).

Como consecuencia del mencionado límite cualitativo, el contenido posible del Estatuto no puede afectar a «la definición de categorías constitucionales» (FJ 57) tales como el concepto de *competencia*, el alcance de las funciones de las competencias o el contenido de un derecho fundamental. La sede apropiada para su determinación es la Constitución, como ya había afirmado la STC 76/1983. Este límite incide en la posición institucional que el Tribunal Constitucional se autoatribuye con respecto al Estatuto. El Tribunal es el único competente para llevar a cabo la «definición auténtica» de las categorías constitucionales. Con esta afirmación se justifican las atribuciones del supremo intérprete de la Constitución. El círculo queda cerrado: si son atribuciones del poder constituyente, soberano, no puede ser el Estatuto, obra del legislador estatuyente, quien las determine.

3.

Los aspectos que hemos resumido de la Sentencia ponen de manifiesto una notable diferencia de énfasis con respecto a la STC 247/2007, por otra parte mucho más extensa en su argumentación que la 31/2010. Ciertamente, aquella sentencia, sistematizando en buena parte jurisprudencia precedente, ya afirmaba también el carácter del Estatuto como norma de cabecera del ordenamiento autónomo; que sólo la Constitución puede establecer las funciones y contenidos de los estatutos; que las relaciones entre los poderes estatales y los autonómicos, y la de éstos con los ciudadanos, son contenidos adicionales del Estatuto por su conexión con el carácter de «norma institucional básica»; que los estatutos no pueden desconocer las reservas específicas que realiza la Constitución a otras leyes orgánicas, cada una de las cuales puede llevar a cabo la delimitación de su propio ámbito, y que en caso de colisión con los estatutos corresponde al Tribunal Constitucional la decisión; y finalmente, que el último intérprete a quien corresponde determinar el alcance de

las competencias es precisamente el alto Tribunal. Ahora bien, en 2007 se añadían algunas consideraciones que ahora se omiten, algunas ya conocidas y otras nuevas que en aquel momento generaron cierta polémica doctrinal: «El Estatuto es pieza esencial en la estructura compuesta del Estado», como punto de partida del análisis de la función constitucional del Estatuto (FJ 5); los estatutos son normas a través de las cuales opera el principio dispositivo; son la norma fundacional de la comunidad autónoma (FJ 5); se caracterizan por ser el resultado de una confluencia de voluntades (carácter paccionado de su procedimiento de reforma), por su singular rigidez como garantía del derecho de autonomía y por su posición singular en el sistema de fuentes (FJ 6); el Estatuto es la norma que atribuye las competencias de la comunidad autónoma completando el espacio que la Constitución ha dejado «desconstitucionalizado», «y al hacerlo determina las del Estado» (FJ 7). En resumidas cuentas, es una norma subordinada a la Constitución pero, en tanto que parte del bloque de la constitucionalidad, la «complementa» (FJ 6).

4.

La diferencia de subrayados entre una y otra sentencia no pasa desapercibida. Al contrario, denota una forma diferente de concebir la función constitucional del Estatuto de autonomía que futuras sentencias tendrán que decantar hacia un lado u otro. En primer lugar, podemos tratar de entender por qué se produce este cambio. Prescindiendo de factores extrajurídicos, en la Sentencia 31/2010 el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre la impugnación de 120 artículos de un Estatuto que pasa de 57 a 223 (disposiciones aparte), y no de un precepto singular como antes. Los recurrentes se hacen eco de una opinión doctrinal según la cual el Estatuto habría incurrido en un exceso con respecto a la reserva constitucionalmente asignada. Al incluir contenidos que van más allá de los que la Constitución atribuye al Estatuto (como los derechos y relaciones interinstitucionales de la comunidad autónoma), invadiría otras reservas normativas —de la Constitución o de leyes determinadas. En cualquier caso, es cierto que el Estatuto de 2006 asumió un gran número de contenidos, parte de ellos discutibles, cuya constitucionalidad se quería salvar atribuyéndoles una escasa «densidad normativa» (normas muy abiertas e imprecisas) o acompañándolos de remisiones a otras normas. De todos es conocido cómo se llegó a esta situación: la imposibilidad de alcanzar una mayoría suficiente para reformar la Constitución, la falta de otras reformas legislativas o de una «relectura» de la jurisprudencia constitucional (por las que habían abogado distintos sectores políticos y académicos de Cataluña), sin entrar en otras razones políticas, condujo a la mayoría de fuerzas po-

líticas catalanas –apoyadas en la opinión de algunos constitucionalistas– hacia una reforma estatutaria muy ambiciosa, planteada a la defensiva (el «blindaje» competencial) y seguramente excesiva con respecto a las materias tratadas. Todos los contenciosos entre Cataluña y el Estado central quisieron canalizarse a través de la reforma estatutaria, que tenía que aportar la solución a todos ellos. Quizás el citado planteamiento ayuda a explicar las presentes frustraciones.

El poder estatuyente quiso reforzar el rol del Estatuto y lo situó al lado de la Constitución, enfatizando su carácter complementario, por encima de otras normas. A su vez, aprovechó un instrumento jurídico tan rígido como es el Estatuto para petrificar opciones del legislador ordinario; todo esto provocó la hipertrofia de contenidos. Ahora, la Sentencia redimensiona el Estatuto, que queda «jibarizado» y constreñido entre el poder constituyente y el legislativo, orgánico y ordinario. Es cierto que el Estatuto está dotado de una función y una posición singulares en el ordenamiento jurídico español, como norma institucional básica de cada comunidad autónoma, aunque no sea expresión de ningún poder constituyente. Se podría añadir –lo que, como hemos visto, no hace la Sentencia– el porqué de esa singularidad: el procedimiento paccionado de reforma, el carácter fundacional de la comunidad autónoma y su inserción en el bloque de la constitucionalidad. Tener en cuenta todo eso ayuda a perfilar mejor las funciones respectivas y complementarias de la Constitución y el Estatuto en este modelo peculiar de Estado compuesto que es el Estado autonómico. Mientras que la Constitución expresa el momento de la «unidad» de todo el ordenamiento jurídico, los estatutos determinan el momento de la «diversidad», intrínseco al Estado autonómico, con la creación de sistemas normativos autónomos y la atribución de competencias a los entes por ellos creados: las comunidades autónomas (FJ 4).

El Tribunal califica como «puramente doctrinal o académica» la consideración del alcance materialmente constitucional de las funciones del Estatuto, afirmando que eso no transforma su valor normativo para hacerlo equiparable al de la Constitución (FJ 3). En la propia Sentencia se mantiene que ninguna norma –tampoco el Estatuto– es «poder constituyente prorrogado o sobrevenido» (FJ 57). Por eso defiende que sea el mismo Tribunal el habilitado para adaptar las normas constitucionales a las circunstancias de cada momento histórico, modificando si es necesario su propia doctrina, con lo cual se autoconvierte en comisario del poder constituyente. El único límite a un poder de interpretación tan amplio del Tribunal viene dado por la apelación al soberano, a través de la reforma constitucional (que en los fundamentos jurídicos que se comentan menciona hasta tres veces). Ésta es la única puerta que el Tribunal deja abierta para el cambio de modelo autonómico.

EL ESTATUTO COMO NORMA Y SU FUNCIÓN CONSTITUCIONAL. COMENTARIO A LA SENTENCIA 31/2010

Enric Fossas Espadaler*

Tiempo habrá para examinar detenidamente la doctrina sobre el Estatuto como norma y su función constitucional sostenida en la STC 31/2010, de 28 de junio. Pero una primera lectura de la resolución creo que permite, aun a riesgo de precipitarse, avanzar algunas consideraciones e intuir algunas consecuencias.

Ante todo, resultaría ocioso señalar que éste es un tema clave de la Sentencia, ya que sobre el mismo basaron los recurrentes buena parte de sus alegaciones y así lo expresaron en un primer apartado de su escrito de demanda, en el que vierten unas «Consideraciones generales» (Antecedente 11) que según el propio Tribunal «inspiran el fundamento impugnatorio del conjunto del recurso» y cuyas razones «circunscriben el verdadero núcleo de la cuestión debatida a la definición de la función y contenido propios de los Estatutos de Autonomía; su posición, en definitiva, en el sistema de fuentes establecido en la Constitución y, particularmente, su relación con la Norma fundamental y con las restantes normas del Ordenamiento» (FJ 1). Lo cierto es que, al margen de las alegaciones formuladas en el recurso promovido por los diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso contra la reforma del Estatuto catalán, esta cuestión hubiera sido trascendente en cualquier impugnación de una norma estatutaria (con la excepción de las SSTC 89/1984 y 99/1986) y así se demostró en la STC 247/2007, de 12 de diciembre, que resolvió el recurso contra la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de Reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana. Como se recordará, se impugnaba entonces un solo precepto de la citada ley orgánica que consagraba un derecho de los valencianos al agua (art. 17.1). El Tribunal entendió que las cuestiones planteadas «se suscitan en relación con un Estatuto de Autonomía, norma que ocupa, sin duda una singular posición en nuestro sistema de fuentes», lo que obliga a ponderar «la posición y función que tienen en él los Estatutos de Autonomía» (FJ 3), cuestión a la que dedicó los FFJJ 5 a 12 con el objetivo de determinar el contenido constitucionalmente legítimo de tales normas. De lo anterior se colige que el Tribunal entendió, como la mayoría de los estudiosos, que la doctrina sobre la función,

* Enric Fossas Espadaler, catedrático de derecho constitucional de la Universidad Autónoma de Barcelona.

contenido y posición del Estatuto de Autonomía en nuestro ordenamiento es decisiva por cuanto afecta directamente al modelo de organización territorial prefigurado en la Constitución. Y ello por la sencilla razón de que los estatutos «constituyen una pieza esencial en la estructura compuesta del Estado» (FJ 5), lo que los singulariza frente a otros modelos. En realidad, la singularidad del Estado autonómico deriva de la singularidad normativa del Estatuto de Autonomía, derivada a su vez de una serie de características expuestas en la STC 247/2007 y compartidas por la opinión mayoritaria de los constitucionalistas. Tales características hallaban su fundamento en una determinada comprensión de lo que se ha llamado la «Constitución territorial» y se basaban en algunas ideas: principio dispositivo, norma institucional básica, norma fundacional, carácter paccionado o confluencia de voluntades, bloque de la constitucionalidad, norma de cabecera del ordenamiento autonómico, posición singular en el sistema de fuentes, especial rigidez, función delimitadora de competencias, función interpretativa de la Constitución.

En la STC 31/2010 se afirma que el recurso que «ha de resolverse en este procedimiento es el primero con el que se impugna *in extenso* la reforma de un Estatuto de Autonomía» (FJ 1), debido a que los recurrentes impugnaron más de la mitad de los 223 artículos del nuevo Estatuto catalán además del Preámbulo. El Tribunal se enfrenta de nuevo a la naturaleza y función de los estatutos de autonomía en los FFJJ 3 a 6, 57 y 58, también con el objetivo de determinar el alcance de la reserva estatutaria. Los FFJJ 3 a 6 abordan lacónicamente la cuestión, en un tono eminentemente dogmático y sin apenas referencias a la jurisprudencia constitucional (sólo en dos ocasiones se cita la STC 247/2007), con frecuentes afirmaciones apodícticas y algunas advertencias, construyendo un argumento formalista que gira insistentemente alrededor de la supremacía normativa de la Constitución, la unidad del ordenamiento jurídico y el poder constituyente soberano. El referido acervo conceptual que ha sustentado hasta hoy las singulares características del Estatuto como norma se ve desvirtuado tanto por lo que se dice como por lo que se omite en estos primeros fundamentos. Veamos algunas de estas afirmaciones, silencios y transformaciones.

El Estatuto de Autonomía, se afirma, es «expresión de una autonomía fundamentada en la Constitución» y por ella garantizada para el ejercicio de la potestad legislativa. No es, como creíamos, expresión de un «derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones» (art. 2 CE) garantizado por aquella para «la gestión de sus intereses» (art. 137 CE). Frente a la idea de Estatuto como norma «materialmente constitucional», se reduce ahora esta calificación a un valor «puramente doctrinal o académico», que «en ningún caso se traduce en un va-

lor normativo añadido». De la singular posición de los estatutos en el sistema de fuentes, no equiparable al de las demás leyes orgánicas debido a su función constitucional y a su rigidez, su posición ahora «es, por tanto, la característica de las leyes orgánicas». La «primera función constitucional» de los estatutos nada tiene que ver con su carácter de norma fundacional, ni con su virtualidad para completar un proceso constituyente deliberadamente inconcluso, ni con el principio dispositivo, sino que consiste en la «diversificación del Ordenamiento mediante la creación de sistemas normativos autónomos». El «bloque de la constitucionalidad» no aparece mencionado, a pesar de la cita del art. 28.1 LOTC, y en su lugar se habla del Estatuto «como norma de garantía de la indemnidad del sistema autónomo», condición que «sólo alcanza por remisión de la única norma que en puridad determina la constitucionalidad de cualquier norma, esto es, obviamente, la Constitución misma». Se menciona la «especial rigidez» del Estatuto como límite cuantitativo a una concepción maximalista del contenido estatutario, pero omitiendo cualquier referencia al carácter pacificado de los procedimientos de elaboración y reforma estatutaria. Y se señalan los límites cualitativos al contenido estatutario, derivados de la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos, que resultan inaccesibles «a cualquier legislador y sólo al alcance de la función interpretativa de este Tribunal Constitucional», con cita de la STC 76/1983 (LOAPA).

Esta última afirmación, contenida en el FJ 3 de la STC 31/2010, engarza directamente con las que se vierten en el FJ 57, donde se aborda una de las principales funciones constitucionales que realizan los estatutos de autonomía, a saber, la función de atribución competencial, pues como afirmó la STC 247/2007 aquellos «desempeñan un papel de gran relevancia para la configuración del sistema de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas» (FJ 7). Pues bien, al analizar las normas estatutarias definitorias de los tipos competenciales (arts. 110, 111, 112 EAC) el Tribunal afirma que el contenido posible del Estatuto «excluye como cometido de este tipo de norma la definición de categorías constitucionales» (tales como competencia, legislar, ejecutar, juzgar, derechos) «constitutivas del lenguaje en el que ha de entenderse la voluntad constituyente», tarea que corresponde al Tribunal Constitucional en su condición de intérprete supremo de la Constitución, «único competente para la definición auténtica –e indiscutible– de las categorías y principios constitucionales» pues «ninguna norma infraconstitucional puede hacer las veces de poder constituyente prorrogado o sobrevenido». Ni siquiera en el caso de que tales normas reprodujeran la jurisprudencia constitucional, pues ello supondría «hacerse con la función más propia del Tribunal Constitucional». Éste admite la

indefinición del texto constitucional en la determinación y alcance de las competencias y acepta que los estatutos, al integrar el contenido funcional de las competencias asumidas por la Comunidad Autónoma, puedan «relacionar sin definir, esto es, sin otro ánimo que el descriptivo de una realidad normativa que le es en sí misma indisponible». De ahí que las citadas previsiones estatutarias se consideren «constitucionalmente aceptables en la medida en que, con la referida voluntad de descripción y de sistema, se acomoden a la construcción normativa y dogmática que cabe deducir de nuestra jurisprudencia en cada momento histórico, es decir, sin que su formalización como expresión de la voluntad del legislador orgánico estatutario suponga un cambio en su cualidad normativa, que será siempre, de no mediar una reforma expresa de la Constitución, la propia del ejercicio de nuestra jurisdicción» (FJ 58).

Las afirmaciones contenidas en estos dos fundamentos (FFJJ 57 y 58) quedan lejos de las que el mismo Tribunal realizó en los FFJJ 7 a 10 de la STC 247/2007, donde se llevó a cabo una valoración muy diferente de la función interpretativa de la Constitución que puede legítimamente realizar el Estatuto de Autonomía, con los límites que afectan a todo legislador, derivados de la STC 76/1983, puntualizando sin embargo que «la Constitución no impide al legislador ordinario su interpretación, pues ningún precepto de aquélla así lo declara ni este Tribunal ha admitido la existencia de reservas implícitas a favor del constituyente» (FJ 8).

Lo expuesto hasta aquí permite realizar ya algunas consideraciones sobre los pronunciamientos de la STC 31/2010 relativos al Estatuto como norma y su función constitucional. Un primer examen de los concretos fundamentos de la Sentencia en los que se aborda esta cuestión pone de manifiesto que el Tribunal ha modificado sustancialmente su doctrina sobre las características del Estatuto como norma singular dentro del ordenamiento jurídico, basada hasta hoy en algunas ideas mayoritariamente compartidas y sostenidas en su anterior jurisprudencia, para reducir drásticamente la función constitucional del Estatuto. Especialmente llamativo resulta el cambio de criterio operado en relación con una de las principales funciones constitucionales que desempeñan los estatutos, la de atribución competencial, que el Tribunal deja prácticamente anulada al despojar de toda virtualidad al Estatuto dentro del bloque de la constitucionalidad y basar la delimitación de competencias en las categorías constitucionales, expresión de la voluntad constituyente que sólo el propio Tribunal es competente para su definición auténtica e indiscutible.

Es obvio que un examen en profundidad de la nueva doctrina del Tribunal sobre la naturaleza del Estatuto no debe limitarse a los citados fundamentos y

requerirá un estudio minucioso del conjunto de la Sentencia a fin de comprobar la proyección de esa concepción de la norma estatutaria en el enjuiciamiento de los numerosos preceptos impugnados, que abarcan prácticamente la totalidad de las materias contenidas en el nuevo Estatuto de Cataluña. Y ello porque las «Consideraciones generales» expuestas en el escrito de los recurrentes, como señala el mismo Tribunal, contienen el verdadero núcleo de la cuestión debatida (la definición de la función y contenido propios de los estatutos de autonomía) e inspiran el fundamento impugnatorio del conjunto del recurso. Esta lectura atenta de la Sentencia en su conjunto nos permitirá comprender la nueva doctrina del Tribunal sobre la naturaleza de los estatutos, aunque probablemente también nos desvele, como advierte el voto particular del magistrado don Javier Delgado Barrio (3), un «nuevo Estatuto» creado por el Tribunal «atribuyendo a numerosos preceptos un sentido diferente, incluso, en no pocas ocasiones, contrario al que resulta de su texto», apartándose de esta forma del contenido de la función que le encomienda la Constitución y usurpando funciones que corresponden al legislador. Mediante esta técnica aparentemente de Sentencia interpretativa, se convertirían no pocos preceptos del Estatuto en un «mero conjunto de pretensiones, propósitos, sugerencias o resúmenes de jurisprudencia».

Tiempo habrá para observar las consecuencias de la STC 31/2010, pero una primera lectura, decía al comienzo, ya permite intuir algunas, y no precisamente menores. La primera, que el cambio de doctrina sobre la naturaleza y función de los estatutos afectará directamente a nuestro modelo de organización territorial, del que aquellos eran pieza clave, aunque en estos momentos resulta difícil aventurar cómo se desarrollará la nueva etapa del Estado autonómico tras la Sentencia sobre la reforma del Estatuto de Cataluña. La segunda, que esa nueva doctrina sobre la función constitucional del Estatuto afectará también a la propia naturaleza del Tribunal Constitucional, que se ha autoatribuido no sólo en la misma STC 31/2010 sino *pro futuro* una función de intérprete único, auténtico e indiscutible de la Constitución, que se aleja bastante del papel normalmente reservado a la jurisdicción constitucional en una democracia constitucional.

EL ESTATUTO COMO NORMA JURÍDICA

Joaquín Tornos Mas*

1.

En su fundamento jurídico primero, la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña dice: «el recurso de inconstitucionalidad que ha de resolverse en este procedimiento es el primero con el que se impugna *in extenso* la reforma de un Estatuto de Autonomía planteándose cuestiones de la mayor relevancia y trascendencia para la definición del modelo constitucional de distribución territorial del poder público». Una de estas cuestiones, seguramente la más importante, es la relativa al alcance material de los estatutos de autonomía (la reserva estatutaria) y al valor jurídico de esta norma dentro del ordenamiento estatal, en particular su relación con la Constitución y el resto de normas jurídicas.

2.

Con respecto al alcance material del Estatuto, hay que recordar que su redacción trató de imponer una interpretación favorable a un contenido amplio de este tipo de normas, lo que se fundamentó en los siguientes principios:

a) El Estatuto, como norma institucional básica, puede incorporar todos aquellos elementos estructurales vinculados a esta función estatutaria.

b) Las referencias constitucionales al contenido estatutario imponen un contenido necesario pero no exclusivo.

c) El Estatuto no es sólo la norma que organiza un poder público, es también la norma que puede regular los derechos de los miembros de su colectividad y las relaciones con otros poderes, la Unión Europea, el Estado, las otras Comunidades Autónomas y los entes locales.

d) El Estatuto, en tanto que ley orgánica, puede imponer mandatos al Estado, sin que estos mandatos deban considerarse imposiciones externas sino autoobligaciones establecidas en una norma estatal.

e) La desconstitucionalización de elementos fundamentales para la configuración del Estado de las autonomías reclama la colaboración de los estatutos, que se convierten a estos efectos en norma complementaria de la Constitución.

* Joaquín Tornos Mas, catedrático de derecho administrativo de la Universidad de Barcelona.

Esta concepción del Estatuto justificaba una ampliación de su contenido material en relación con el anterior Estatuto de 1979. Dicha ampliación se manifiesta en el título relativo a los nuevos derechos estatutarios, la amplia regulación del régimen local, la incidencia en el poder judicial en Cataluña, la precisión del contenido funcional y material de las competencias propias y la regulación de las diferentes relaciones institucionales de la Generalitat con otras instituciones públicas.

La Sentencia, en sus fundamentos 4 a 6, admite esta concepción amplia de la norma estatutaria. Se afirma que el Estatuto dota al ordenamiento español de diversidad, dentro del respeto a la Constitución, y que es la norma que garantiza la indemnidad del sistema autonómico. Esta naturaleza y la función de los estatutos determinan su posible contenido, que no se agota en las materias expresamente mencionadas en la Constitución («el contenido explícito»), sino que permite incluir el contenido implícito en tanto que «inherente a la condición del Estatuto como norma institucional básica con cuanto ello implica en términos de autogobierno, de autoorganización y de identidad». Los límites al contenido estatutario son los que «marcan la divisoria entre la Constitución y los poderes constituidos y los que permiten la eficacia regular del sistema en su conjunto».¹ Se añade (fundamento jurídico sexto) un límite de orden cuantitativo para evitar la petrificación del sistema que comportaría la imposición de amplias regulaciones al legislador autonómico ordinario, si bien este límite se relativiza sin concretarse.²

La validación de la concepción amplia del contenido de los estatutos de autonomía permite mantener en su totalidad la nueva estructura del Estatuto. Sin embargo, esta aceptación de un amplio contenido material del Estatuto se verá afectada por la doctrina relativa al valor jurídico de esta norma. Los objetivos de los redactores de la norma estatutaria quedarán sustancialmente alterados al bajarse con carácter general el valor jurídico de los nuevos preceptos.

1. Sobre esta cuestión, el fundamento jurídico cuatro hace referencia a la Sentencia 247/2007 (una de las pocas ocasiones en que la Sentencia del Estatuto catalán aplica la doctrina de su anterior Sentencia) y se incorpora el siguiente razonamiento: «dijimos en el FJ 12 de aquella resolución que “el contenido constitucionalmente lícito de los Estatutos de Autonomía incluye tanto el que la Constitución prevé de forma expresa (y que, a su vez, se integra por el contenido mínimo o necesario previsto en el artículo 147.2 CE y el adicional, al que se refieren las restantes remisiones expresas que la Constitución realiza a los Estatutos), como el contenido que, aun no estando expresamente señalado por la Constitución, es complemento adecuado por su conexión con las aludidas previsiones constitucionales, adecuación que ha de entenderse referida a la función que en sentido estricto la Constitución encomienda a los Estatutos, en cuanto norma institucional básica que ha de llevar a cabo la regulación funcional, institucional y competencial de cada Comunidad Autónoma».

2. En concreto, la Sentencia comentada dice en el fundamento jurídico sexto: «todo ello sin perjuicio, de un lado, de que los reparos que pudieran oponerse a la técnica de la regulación de detalle en normas especialmente rígidas no dejan de ser en muchas ocasiones otra cosa que una objeción de simple oportunidad, sin relevancia, por tanto, como juicio de constitucionalidad *stricto sensu*; y de otro, que los Estatutos de Autonomía también son obra del legislador democrático». También en este punto se hace referencia a la Sentencia 247/2007.

3.

La segunda cuestión que tenía que resolver la Sentencia es la relativa a los límites cualitativos del Estatuto. Estos límites fijarán su valor como fuente del derecho dentro del ordenamiento estatal.

Sobre este punto, el fundamento jurídico sexto de la Sentencia 31/2010, en su parte final, se limita a señalar la importancia del tema con la siguiente afirmación: los límites cualitativos «definen toda la diferencia de concepto, naturaleza y cometido que media entre la Constitución y los Estatutos, como son cuantos delimitan los ámbitos inconfundibles del poder constituyente, por un lado, y de los poderes constituidos, por otro».

Según lo establecido en la Sentencia 76/1983, se recuerda que no corresponde al poder constituido (el Estatuto) la definición de categorías y conceptos constitucionales, función interpretativa reservada al Tribunal Constitucional. Las consecuencias de estas consideraciones de principio se remiten al análisis del articulado del Estatuto.

Pues bien, si se examina la Sentencia en conjunto, se tiene que concluir que los límites cualitativos del Estatuto que se deducen de esta doctrina del Tribunal rebajan de manera sustancial los efectos que se habían querido conseguir con la ampliación material del contenido estatutario. Ciertamente, en el Estatuto se pueden decir más cosas, pero su eficacia jurídica es reducida. El contenido implícito del Estatuto puede incluir muchas cuestiones, aunque los preceptos que forman parte de esta regulación tienen escasa fuerza prescriptiva.

También hay que destacar lo que no se dice en la Sentencia. En este sentido no se hace ninguna referencia al hecho de que el Estatuto forme parte del bloque de la constitucionalidad, y que de esta consideración se desprenda que su reforma obliga a revisar la doctrina del Tribunal en la medida en que se ha modificado el marco jurídico de referencia. Al contrario, se insiste en la necesidad de que los nuevos contenidos estatutarios respeten la Constitución y la interpretación que ya ha hecho el propio Tribunal. La situación del Estatuto dentro del bloque de la constitucionalidad permitirá someter las actuaciones del legislador ordinario a su contenido y llegar a anular la ley contraria a sus preceptos, pero no le da ningún tipo de fuerza para imponer nuevas interpretaciones del texto constitucional con el fin de incrementar el autogobierno.

La conclusión final es la siguiente: el Estatuto es la norma institucional básica de la comunidad autónoma, subordinada a la Constitución, con un amplio alcance material, pero en tanto que fruto de un poder constituido de carácter territorial no puede definir categorías ni conceptos constitucionales, ni imponer mandatos al Estado.

4.

A lo largo de la Sentencia se van concretando las consecuencias de su doctrina sobre el valor jurídico del Estatuto de Autonomía y se hacen evidentes sus efectos sobre el contenido real de los nuevos preceptos estatutarios. Veamos algunos ejemplos.

a) El Estatuto no puede tratar de fundamentar la autonomía de Cataluña en otra realidad que no sea la Constitución y en la soberanía que reside en la nación española. Por esta razón se niega toda fuerza interpretativa a la afirmación que se realiza en el preámbulo según la cual el Parlamento de Cataluña reconoció la existencia de la nación catalana (bien es verdad que se insiste en la idea de que se hace referencia al significado constitucional y jurídico del concepto *nación*, concepto que puede tener otros significados) y se niega también que la autonomía catalana pueda tener su fundamento singular en los derechos históricos del pueblo catalán.

b) El Estatuto puede establecer los principios que inspiran las relaciones entre el Estado central y las instituciones propias de la comunidad autónoma catalana, pero «la concreta articulación de estos principios ha de responder a exigencias constitucionales de orden constitucional que es evidente que sólo pueden deducirse de la Constitución misma y de la jurisprudencia que la interpreta» (fundamentos jurídicos 13, 110 y 115).³ La Sentencia, además, con una clara vocación preventiva, fija unos criterios generales sobre el régimen jurídico de estas relaciones: las leyes de concreción de los principios serán leyes estatales, se tienen que respetar las competencias del Estado y la participación autonómica en órganos estatales sólo es posible en órganos no decisorios.

c) El Estatuto es la norma competente para atribuir al catalán la condición jurídica de lengua oficial en Cataluña, pero el régimen de las lenguas oficiales se desprende directamente de la Constitución y, por lo tanto, el deber de conocer una lengua sólo es predicable de la lengua castellana; fundamentos jurídicos 14 y 21.

3. La Sentencia dice «partiendo del presupuesto de que el Estatuto de Autonomía, en tanto que norma institucional básica de la Generalitat de Cataluña aprobada por medio de una ley orgánica, no es una sede normativa inadecuada para la proclamación de los principios que han de inspirar el régimen de esa relación entre el Estado central y las instituciones propias de la Comunidad Autónoma catalana, ha de afirmarse, sin embargo, que más allá de esos principios, la concreta articulación normativa de ese régimen ha de responder a exigencias estructurales de orden constitucional que, como el principio de cooperación de cada Comunidad Autónoma con el Estado y de todos ellos entre sí, es evidente que sólo pueden deducirse de la Constitución misma y, en consecuencia, de la jurisdicción que la interpreta, es decir, de este Tribunal Constitucional». Esta misma doctrina también se utiliza en la interpretación de diferentes preceptos competenciales como los relativos a aguas (FJ 65), minas (FJ 79) o inmigración (FJ 83).

d) El Estatuto puede incluir un título sobre los derechos estatutarios, pero estos derechos son diferentes de los derechos fundamentales, sin que de hecho tengan ninguna garantía formal ante la actuación del legislador.⁴ El Estatuto no puede desarrollar los derechos fundamentales establecidos a la Constitución; fundamentos jurídicos 16 y 17.

e) El Estatuto puede regular el régimen local, si bien deberá respetar la legislación básica estatal, fundamento jurídico 36. En relación con esta ampliación del contenido del Estatuto, la Sentencia dice: «ninguna objeción puede formularse a que el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma, en tanto que su norma institucional básica, contenga las líneas fundamentales o la regulación esencial, con el fin de vincular al legislador autonómico, del régimen local en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, debiendo respetar en todo caso las previsiones estatutarias, como es obvio, la competencia básica que al Estado corresponde en la materia en virtud de la reserva del artículo 149.1.18 CE».

f) El Estatuto puede regular la administración de la Administración de justicia, pero no el poder judicial. En este punto la Sentencia, en el fundamento jurídico 42, dice: «una de las características definidoras del Estado autonómico, por contraste con el federal, es que su diversidad funcional y orgánica no alcanza en ningún caso a la jurisdicción».

De acuerdo con este principio general, el Estatuto no puede establecer las competencias del Tribunal Supremo, fundamento jurídico 44; mientras que la creación y regulación de un Consejo de Justicia catalán se califica como un «evidente exceso del Estatuto».

g) El Estatuto puede «describir» los ámbitos funcionales y materiales de las competencias, pero el alcance competencial de la Generalitat es el que establece la Constitución y la interpretación que hace el Tribunal Constitucional. Fundamentos jurídicos 57 y 58.

h) El Estatuto puede regular la hacienda autonómica, aunque con sujeción a la Constitución, en lo que pueda establecer la LOFCA, y en lo que se tenga que acordar en el Consejo de Política Fiscal y Financiera. Fundamento jurídico 130.

De esta manera, el Estatuto de autonomía puede llegar a los 223 artículos, pero el incremento del autogobierno con respecto al Estatuto de 1979 es muy limitado.

4. Dice la Sentencia en su fundamento jurídico 16: «derechos fundamentales son, estrictamente, aquellos que, en garantía de la libertad y de la igualdad, vinculan a todos los legisladores, esto es, a las Cortes Generales y a las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, sin excepción. Esta función limitativa sólo puede realizarse desde la norma común y superior a todos los legisladoras, es decir, desde la Constitución».

4. CATALUÑA COMO NACIÓN Y LOS SÍMBOLOS NACIONALES

La nación: un paso adelante
y dos atrás (103-107)
Xavier Arbós Marín

Si en sentido jurídico-constitucional
la Constitución no conoce otra nación
que la española: ¿Qué son las
nacionalidades? La pregunta no respondida
por la Sentencia 31/2010 (108-114)
Fernando Domínguez García

LA NACIÓN: UN PASO ADELANTE Y DOS ATRÁS

Xavier Arbós Marín*

El Estatuto de Cataluña de 2006 representa un avance en lo relativo al reconocimiento de Cataluña como nación. El Estatuto de 1979 no decía nada al respecto en el preámbulo, pues en el artículo 1 se refería a Cataluña como «nacionalidad». En el proyecto de 1978 se la consideraba una «realidad nacional», pero en Madrid ya salió de la Comisión Constitucional del Congreso como «nacionalidad». El concepto de «realidad nacional» reaparece en el preámbulo de 2006 al declarar que la «Constitución española, en su artículo segundo, reconoce la realidad nacional de Cataluña como nacionalidad». El artículo 8.1 indica que los «símbolos nacionales» de Cataluña, «definida como nacionalidad en el artículo 1», son «la bandera, la fiesta y el himno». De acuerdo con el Estatuto de 1979, de Cataluña como «nacionalidad», el Parlamento de Cataluña reguló la festividad *nacional* de Cataluña en la Ley 1/1980, de 12 de junio, y el himno *nacional* de Cataluña en la Ley 1/1993, de 25 de febrero. Ninguna de estas leyes fue impugnada, a pesar de incluir el adjetivo «nacional». Con el Estatuto de 2006, el adjetivo, que aparecía en preceptos de leyes catalanas aprobadas por el Parlamento autonómico, pasa a un precepto de la ley española que es el mismo Estatuto, aprobado por las Cortes Generales y ratificado por el pueblo de Cataluña.

Si nos sólo fijáramos en lo que dice el artículo 8.1 («símbolos nacionales») e ignoráramos lo que dice el preámbulo, la práctica habitual de la interpretación jurídica permitiría salvarlo sin malgastar muchos argumentos de fondo. Del sustantivo «nacionalidad» no deriva ningún adjetivo. Si no se quiere utilizar un neologismo, la palabra admitida que más podría describir, por aproximación, lo propio de la nacionalidad es «nacional». La posibilidad de considerarlo propio de una «nación», como sería correcto en castellano y catalán, se ve restringida inequívoca y explícitamente por la propia remisión que hace al artículo 1 del Estatuto, en el que Cataluña es definida «como nacionalidad». En esta línea se encuentran las alegaciones del Abogado del Estado, del Gobierno de la Generalitat y del Parlamento de Cataluña.

En la Sentencia, en el párrafo 27 de los antecedentes, se pone de relieve que

* Xavier Arbós Marín, catedrático de derecho constitucional de la Universidad de Girona.

esta interpretación no es la de los recurrentes del Partido Popular. Para ellos, se habla de símbolos «nacionales», y no se piensa en «nacionalidad» sino en «nación». La prueba la encuentran en el propio preámbulo. En él se recuerda que el «Parlamento de Cataluña, recogiendo el sentimiento y la voluntad de la ciudadanía de Cataluña, ha definido a Cataluña como nación de forma sobradamente mayoritaria. La Constitución española (CE), en su artículo segundo, reconoce la realidad nacional de Cataluña como nacionalidad». Pero desvincular el preámbulo del articulado es precisamente lo que impone la Sentencia, aunque lo haga en unos términos que más adelante habrá que tratar.

Empezamos por destacar que el uso del adjetivo «nacionales» para calificar los símbolos de Cataluña en el artículo 8.1 es admitido por el Tribunal de forma condicionada. En el fundamento jurídico (FJ) 12 dice que «con la calificación como “nacionales” de los símbolos de Cataluña se predica únicamente su condición de símbolos de una nacionalidad constituida como Comunidad Autónoma en ejercicio del derecho que reconoce y garantiza el art. 2 CE». Y acaba el FJ 12 diciendo que el artículo 8.1 «es conforme con la Constitución interpretado en el sentido de que dicho término está exclusivamente referido, en su significado y utilización, a los símbolos de Cataluña, “definida como nacionalidad” (art. 1 EAC) e integrada en la “indisoluble unidad de la nación española” como establece el art. 2 CE, y así se dispondrá en el fallo». El Tribunal, poco antes y en el mismo fundamento, ha dejado claro que opera en el plano del razonamiento jurídico, referido a normas. En este tipo de razonamiento, lo que se diga de la nación, catalana o española, es independiente de lo que cada uno pueda pensar sobre Cataluña y España como naciones. El énfasis de la Sentencia no hace sino destacar lo que dice la Constitución y permite seguir utilizando el adjetivo «nacional» en relación con Cataluña. Y si pensamos que, contrariamente a lo que querían en el año 1978 los redactores del Estatuto, la «realidad nacional» del artículo 1 no pudo aparecer en el texto final, ahora la palabra «nacionales» se mantiene en el artículo 8.1 del actual, a pesar de las condiciones impuestas por el fallo.

Ahora también aparece una referencia a la «realidad nacional», que se «reconoce» en el párrafo del preámbulo que más arriba se ha reproducido. El Tribunal Constitucional reacciona en unos términos de los que no recordamos precedentes. De la lectura de la Constitución parecería desprenderse que la tarea de nuestra justicia constitucional es declarar la inconstitucionalidad de leyes o normas con rango de ley (art. 161.1.a CE). No encontramos de manera explícita ningún precepto que le habilite para condicionar la constitucionalidad de un precepto, como hace en las sentencias interpretativas y en la que nos

ocupa en el párrafo tercero del fallo. La doctrina ha aceptado sin críticas de fondo esta actuación del Tribunal, asumiendo que es mejor salvar el enunciado literal de un precepto, aunque sea con condiciones, antes que eliminarlo del todo. Ahora, en relación con el preámbulo del Estatuto, señala el Tribunal en el párrafo primero del fallo: «Carecen de eficacia jurídica interpretativa las referencias del Preámbulo del Estatuto de Cataluña a “Cataluña como nación” y a “la realidad nacional de Cataluña”». Este tipo de declaración resulta sorprendente. Las propias de las sentencias interpretativas admiten siempre, para los preceptos que analizan, un significado posible y válido, bien sea señalando lo que sería constitucional o indicando lo que no lo sería. No es así en relación con el preámbulo del Estatuto, en que, de forma absoluta, se niega eficacia jurídica interpretativa a algunas expresiones.

La solemne declaración del Tribunal Constitucional en este punto tiene un alcance poco claro. Empezamos por recordar el preámbulo del actual Estatuto de Andalucía, que no fue impugnado por el Partido Popular: «El Manifiesto andalucista de Córdoba describió a Andalucía como realidad nacional en 1919, cuyo espíritu los andaluces encauzaron plenamente a través del proceso de autogobierno recogido en nuestra Carta Magna. En 1978 los andaluces dieron un amplio respaldo al consenso constitucional. Hoy, la Constitución, en su artículo 2, reconoce a Andalucía como una nacionalidad en el marco de la unidad indisoluble de la nación española». La «realidad nacional» de Andalucía no ha sido objeto de recurso, a diferencia de «la realidad nacional de Cataluña». No ha sido declarada inconstitucional, y no parece pues que al caso andaluz le sean aplicables las consideraciones que, en términos hipotéticos, hace el Tribunal en el fundamento jurídico 2. Allí se refiere a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad y al valor de cosa juzgada de las sentencias. Se desprende que preceptos equivalentes a los declarados inconstitucionales en el Estatuto catalán podrían serlo también si fueran recurridos aplicando la doctrina de esta Sentencia. Pero éste no es el caso y, a pesar de las obvias coincidencias, el Tribunal prefiere ignorar lo que es evidente y expresarse en términos meramente hipotéticos. Habrá que ver si el valor de «cosa juzgada», la «vinculación a los poderes públicos» y los genéricos «efectos generales» que atribuye el artículo 38.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) a sentencias como la que se comenta tocarán alguna vez la «realidad nacional» de Andalucía. Pienso que pueden estar tranquilos, y me alegro sinceramente por ellos. Es una simple intuición, basada en el carácter de los preámbulos. O eso parecía...

Los preámbulos, nos recuerda el Tribunal en el fundamento jurídico 7 con profundas y claras remisiones a jurisprudencia anterior, no tienen «valor norma-

tivo» (STC 36/1981, FJ 2). Más aún, por este motivo no pueden ser objeto de un recurso directo (STC 36/1981, FJ 7; 150/1990, FJ 2; 212/1996, FJ 15, y 173/1998, FJ 4). El Tribunal, de acuerdo con la jurisprudencia que evoca, tendría que haberse negado a admitir a trámite el recurso en lo relativo al preámbulo del Estatuto de Autonomía. Pues bien, resulta que, sin ninguna explicación convincente, lo que no puede ser objeto de recurso puede ser objeto de una declaración del Tribunal. Declaración que no se hubiera podido producir si el Tribunal hubiera seguido su propia jurisprudencia. La razón del cambio es que «carencia de valor normativo no equivale a carencia de valor jurídico, del mismo modo que la imposibilidad de erigirse en objeto directo de un recurso de inconstitucionalidad no supone que los preámbulos sean inaccesibles a un pronunciamiento de nuestra jurisdicción en tanto que posible objeto accesorio de un proceso referido principalmente a una disposición normativa» (FJ 7). El preámbulo sería inaccesible si hubiera rehusado entrar a juzgarlo, como le marca la jurisprudencia citada. Podría cambiarla si lo justificara, y no lo justifica. Quizás quiere insinuar que el preámbulo es un «*objeto accesorio*» y por lo tanto vale el artículo 39.1 LOTC, que permite declarar inconstitucionales preceptos no impugnados, pero que así lo tienen que ser por su conexión con los que, impugnados, se declaran inconstitucionales. Pero no vale, porque no se trata de preceptos, y no se declaran inconstitucionales.

No creo que el Tribunal Constitucional tenga atribuciones para determinar la eficacia interpretativa de un preámbulo. No aporta ninguna tan creíble como un precepto o un precedente. Los argumentos sólo llevan a alcanzar la expansión de sus facultades, en contra de los principios de autolimitación y de deferencia al legislador que tendrían que presidir sus actuaciones. Sí pienso que, a falta de atribuciones para entrar en el preámbulo, tiene ganas de hacerlo y por eso se embarca en consideraciones de teoría general. Dice la Sentencia (FJ 7) que los preámbulos poseen valor jurídico interpretativo. Y, sin explicarnos por qué, del preámbulo de un estatuto de autonomía afirma que tiene la condición de «interpretación cualificada». No lo explica, y dice que es «evidente» quizás para ahorrarse la justificación. Es más, atribuye al legislador esta supuesta interpretación cualificada.

El Tribunal lo lleva a su terreno para llegar al objetivo de dejar sin ningún efecto jurídico las expresiones «Cataluña como nación» y «la realidad nacional de Cataluña». Primero nos dice que los preámbulos no tienen valor normativo y no pueden ser objeto de impugnación. Después manifiesta que lo que no puede ser objeto de impugnación por parte de los recurrentes puede ser, no obstante, objeto de declaración por el Tribunal. En opinión del Tribunal, los pre-

ámbulos de los estatutos contienen «interpretación cualificada», y por eso decide que las citadas expresiones carecen de valor jurídico interpretativo. Sin valor jurídico normativo ni interpretativo poca cosa queda, y ninguna jurídicamente relevante.

No creo que un determinado tratamiento estatutario de la condición colectiva de Cataluña como nación, realidad nacional o nacionalidad sea necesario para mejorar el autogobierno de Cataluña. Puede ser útil si se quiere facilitar la integración política en el marco constitucional de los que creen que Cataluña es una nación. Una afirmación como ésta no contradice la condición nacional de España ni su indivisibilidad. No la contradice si se cree que pueden existir las naciones formadas por naciones y se interpreta que afirmar el carácter nacional de Cataluña no choca con el carácter nacional de España. Sí que lo contradice si se piensa en términos absolutos, en los que la afirmación de una niega ineluctablemente la otra. Y, a pesar de todos los condicionamientos, la Sentencia permite utilizar el calificativo «nacional» con referencia a Cataluña. Hemos adelantado un paso, pequeño pero significativo, para los que valoran el reconocimiento.

Lamentablemente, hemos retrocedido dos en la credibilidad del Tribunal Constitucional. Por una parte, sin argumentos convincentes, aumenta el alcance de sus atribuciones. Aparte de declaraciones de inconstitucionalidad, el Tribunal se había otorgado la facultad de realizar declaraciones de constitucionalidad condicionada. Éstas, sin embargo, servían y sirven para apuntalar la validez de lo que hace el legislador, en la línea de respetar al máximo la deferencia al legislador. Contrariamente, resulta que ahora efectúa declaraciones de ajuridicidad: en vez de limitarse a las normas con rango de ley, quiere ocuparse de las pautas de interpretación. Sus efectos, los de una declaración de inconstitucionalidad; pero no parece un accidente. Quizás no lo pretendían. Y, en segundo lugar, el Tribunal no ha tenido el coraje de encarar directamente el problema que las alegaciones dejaban bien claro: la coincidencia literal explícita entre realidades nacionales estatutarias en Cataluña y en Andalucía. De manera muy indirecta y de pasada lo plantea en términos de futuro hipotético, para ocuparse sólo de Cataluña. Si existe principio de igualdad en la aplicación de la Constitución, no lo hemos visto bien.

SI EN SENTIDO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL LA CONSTITUCIÓN NO CONOCE OTRA NACIÓN QUE LA ESPAÑOLA: ¿QUÉ SON LAS NACIONALIDADES? LA PREGUNTA NO RESPONDIDA POR LA SENTENCIA 31/2010

Fernando Domínguez García*

La argumentación de la STC 31/2010 con relación al uso del término *nación* y la adjetivación *nacional* referidos a Cataluña

Noventa y nueve diputados del Partido Popular impugnaron ante el Tribunal Constitucional la utilización del sustantivo *nación* y del adjetivo *nacional* con relación a Cataluña por parte del Estatuto de Autonomía de 2006. En concreto, se recurrieron dos incisos del preámbulo y el artículo 8.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC, en adelante). El penúltimo párrafo del preámbulo menciona el hecho de que el Parlamento de Cataluña, recogiendo el sentimiento y la voluntad de los ciudadanos y ciudadanas, ha definido de forma ampliamente mayoritaria a Cataluña como nación; y añade que la Constitución española (CE, en adelante) en su artículo segundo reconoce la realidad nacional de Cataluña como nacionalidad. Por su parte, el artículo 8.1 EAC trata de los símbolos *nacionales* de Cataluña como nacionalidad. Antes de entrar en la argumentación de la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010 (STC 31/2010, en adelante) es preciso destacar que el Estatuto de Autonomía utiliza el adjetivo *nacional* en dos casos con relación a España, al mencionar la Comisión Nacional del Mercado de Valores (art. 182.1 EAC) y la Comisión Nacional de la Energía (art. 182.3 EAC). Y también hay que mencionar que el artículo 167 EAC habla de los símbolos de Cataluña como objeto de competencia sin calificarlos como «nacionales».

El fundamento jurídico 12 de la STC 31/2010, que trata de la impugnación de la expresión *símbolos nacionales* del artículo 8.1 EAC, empieza declarando el carácter «proteico» (calificativo aplicable a aquello que cambia de forma o a quien cambia de ideas) del término *nación*. El Tribunal Constitucional reconoce que el término *nación* es conceptualmente comprometido y puede dar lugar

* Fernando Domínguez García, letrado del Parlamento de Cataluña y profesor asociado de derecho constitucional de la Universidad Autónoma de Barcelona.

a equívocos y controversias «en el orden propio de la razón política» (FJ 7). Parece dar a entender, sin embargo, que en el ámbito jurídico no se da esta controversia o que jurídicamente el término no es conceptualmente comprometido. Así, el Tribunal Constitucional afirma de forma contundente que en sentido jurídico-constitucional «la Constitución no conoce otra [nación] que la Nación española» (FJ 12). En el mencionado fundamento jurídico el Tribunal Constitucional refiere exclusivamente el término *nación* al pueblo titular de la soberanía.

El problema surge cuando el Tribunal Constitucional tiene que llegar a una conclusión con relación a la expresión *símbolos nacionales* del artículo 8.1 EAC porque en la argumentación se produce un giro repentino entre los primeros cuatro párrafos y los dos últimos. Si en los primeros cuatro párrafos el Tribunal Constitucional afirma que la calificación como *nacionales* de los símbolos de Cataluña debe entenderse que se predica únicamente de su condición de símbolos propios de una nacionalidad (lo que ya señala el propio artículo 8.1 EAC y no es preciso «interpretar» —aunque formalmente el Tribunal Constitucional dice que así se tiene que interpretar), en el párrafo sexto añade que no solo se tiene que leer que con la expresión *símbolos nacionales* se hace referencia a Cataluña definida como nacionalidad, sino que también hay que interpretar que lo es «integrada en la “indisoluble unidad de la nación española” como establece el art. 2 CE». El fundamento jurídico 12 se menciona en el fallo de la Sentencia para declarar que el artículo 8.1 es constitucional si se interpreta de conformidad con los términos fijados por el mencionado fundamento jurídico.

Respecto al preámbulo, el primer punto del fallo de la STC 31/2010 declara que las referencias del preámbulo del Estatuto de Autonomía de Cataluña a «Cataluña como nación» y a «la realidad nacional de Cataluña» no tienen eficacia jurídica interpretativa. En el fundamento jurídico número 7 de la Sentencia se distingue entre el valor normativo (rasgo que no se predica de los preámbulos) y valor jurídico (que sí pueden tener los preámbulos). En concreto, el Tribunal Constitucional señala que el hecho de ser criterio hermenéutico y pauta calificada de interpretación de la norma es el único valor jurídico predicable de los preámbulos. En el párrafo quinto del fundamento jurídico 12 el Tribunal Constitucional considera que las menciones a *realidad nacional* y *nación* del preámbulo tienen que quedar desposeídas de alcance jurídico interpretativo «en atención al sentido terminante del art. 2 CE». No hay más argumentación.

De esta manera, la STC 31/2010 salva el texto del preámbulo del Estatuto negándole la finalidad interpretativa que debe tener un preámbulo, y salva también el texto del artículo 8.1 del Estatuto realizando una interpretación sobre el

referente de los símbolos nacionales (la nacionalidad, que ya consta en el art. 8 EAC) y sobre el referente del referente (la Nación española).

La descontextualización del concepto de *nación* como problema

El artículo 2 CE establece que «La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas».

El Tribunal Constitucional efectúa una interpretación descontextualizada del concepto de *nación* del artículo 2 CE porque obvia que las nacionalidades integran la Nación. La coexistencia en un mismo artículo de la Nación española y las nacionalidades que la integran modula el concepto de Nación española, de modo que algunos de los atributos del concepto de *nación* dejan de ser exclusivos y excluyentes para pasar a ser predicados también de las nacionalidades. La presencia de las nacionalidades en el artículo dedicado a la Nación española provoca un cambio textual que afecta al propio concepto de *nación*, que ya no puede ser tratado como concepto unívoco. De esta manera, el artículo 2 CE utiliza un concepto de *nación* sin precedentes en la historia constitucional española y no asimilable al uso que del mismo se hace en las constituciones de otros Estados.

Una interpretación histórica del artículo 2 CE, en especial con respecto a los trabajos parlamentarios de las Cortes constituyentes que produjeron su redacción, no puede pasar por alto el mantenimiento del concepto de *nacionalidad* desde el primer borrador y la introducción más tardía del concepto de *Nación* aplicado a España, ni tampoco el sentido y significado con que se utilizaban ambos términos. Se entendía principalmente que *nacionalidad* era un vocablo sinónimo de *nación* pero no totalmente equivalente. Para explicar esta sinonimia se habló de España como «Nación de naciones», expresión que fue utilizada por una amplia mayoría de grupos de la Cámara (desde UCD, PSOE, PCE, Minoría Catalana y otros partidos nacionalistas y regionalistas).

Quedaba claro que el concepto de *nacionalidad* no tenía un vínculo con la soberanía ni con el poder constituyente y que hacía referencia principalmente, pero no exclusivamente, a un concepto cultural de nación. Es comprensible que el concepto de *Nación* (con *n* mayúscula), cuando se alude a él en términos de soberanía, solo se predique de la Nación española. Pero el Estatuto de Autonomía de Cataluña no discutía este hecho.

El «sentido terminante» que el Tribunal Constitucional atribuye al artícu-

lo 2 CE puede predicarse de la descontextualización del inciso «indisoluble unidad de la Nación española» del mencionado artículo. Solo descontextualizando la Nación es posible otorgarle unos atributos excluyentes que permiten negar carácter nacional a cualquier otro concepto.

Con esta descontextualización del concepto de nación el Tribunal Constitucional ha despreciado los principios clásicos de interpretación constitucional. En particular, el principio de unidad de la Constitución, que proscribió interpretar preceptos de forma aislada, y el principio de armonización o de concordancia práctica, que reclama que no se interprete un precepto de forma que se haga en perjuicio de otro. En esta descontextualización del concepto de *nación*, el que ha quedado oculto y ha resultado perdedor ha sido el concepto de *nacionalidad*.

La profusión de la cita a la insoluble unidad de la Nación española como problema

Una de las críticas que a nivel político más se han repetido de la STC 31/2010 es el número a veces que cita la expresión «insoluble unidad de la Nación española» del artículo 2 CE. En las Cortes constituyentes ya se discutieron las repeticiones y reiteraciones del artículo 2 CE. Para citar un ejemplo lo bastante expresivo, se presentó por parte del *Grupo Progresistas y Socialistas Independientes* del Senado una enmienda al artículo 2 CE que se centraba en que: «hay que huir de reiteraciones, cuya presencia en el texto puede interpretarse no como ratificación de lo ya afirmado, sino como inseguridad sobre la realidad de la tesis que se repite». La enmienda manifiesta claramente que la profusión de los adjetivos «insoluble», «indivisible» y «común» para una idea repetida en términos parecidos como «Nación» y «Patria», a los que hay que añadir «unidad», es muestra de un miedo y una preocupación frente al término «nacionalidad» que, en cierto sentido, contradice la idea defendida por los promotores del «barroquismo» de que la «nación española» sea algo natural e indiscutible cuando hay que reiterarlo tantas veces. Incluso el diputado de Alianza Popular Silva Muñoz reconoció que la redacción «barroca» del artículo 2 CE «recuerda el viejo principio jurídico de que *“excusatio non petita, accusatio manifesta”*».

El Tribunal Constitucional no sólo no ha sabido explicar de forma simple el artículo 2 CE, sino que con las reiteraciones de sus partes más barrocas ha añadido más barroquismo, si cabe, a la Nación española. Se podría recordar el refrán castellano *dime de lo que presumes y te diré de lo que careces*.

La distinción entre *nación* en sentido jurídico-constitucional y otros sentidos de *nación* como problema

Aunque a nivel didáctico se pueda intentar separar entre los diferentes sentidos del concepto de *nación*, muchos académicos han criticado la artificialidad de una distinción pura entre diferentes conceptos de *nación*. No obstante, el Tribunal Constitucional parece dar a entender, como ya se ha apuntado, que a nivel jurídico-constitucional no existen controversias o que el uso del concepto de *nación* no es comprometido.

No se entiende si el Tribunal Constitucional hace referencia a la falta de controversia del concepto de *nación* en la teoría constitucional (afirmación difícil de mantener) o bien quiere decir que en la jurisprudencia constitucional el concepto está claro (afirmación todavía más difícil de sostener en atención a los votos particulares que contiene la STC 31/2010, que mantienen posiciones diferenciadas con relación al concepto de *nación*). En concreto, y sin profundizar en el tema, el voto particular del magistrado Conde Martín de Hijas opina que la consideración de Cataluña como *nación* es un contenido problemático de naturaleza esencial, contradictorio con el artículo 2 CE, y que no es posible utilizar el adjetivo *nacional* para una realidad sustantiva diferente de la *nación*; el voto particular del magistrado Delgado Barrio considera que el sistema de la Constitución solo admite una *nación*, que es la Nación española; el voto particular del magistrado Gay Montalvo habla del carácter abierto o dúctil de ciertos conceptos constitucionales y de cómo, en la Sentencia, no ha sido así respecto del concepto de *nación*, ya que se ha defendido la *nación* como un dogma en defensa de un nacionalismo exacerbado; por su parte, el voto particular del magistrado Rodríguez-Zapata Pérez entiende que la referencia al término *nación* implica la subrogación indebida del Estatuto en el papel del legislador constituyente de revisión total de la Constitución, a pesar de reconocer el carácter plural de la Nación española. Baste una cita separada de un pasaje del voto particular del magistrado Rodríguez Arribas: «En cuanto al término Nación, ha de advertirse que dicho concepto jurídico-constitucional no ha suscitado ninguna polémica doctrinal, ni en España ni en ninguna de las doctrinas constitucionales de los países democráticos» (sic). Habla del «desmoronamiento del sistema político» si se aceptara que existen otras naciones, cosa que llevaría a un proceso «que el Tribunal Constitucional no podía permitir que se iniciara» (parece dar a entender que la STC 31/2010 lo ha evitado).

Pero volviendo a la distinción entre el sentido jurídico-constitucional de la *nación* y otros sentidos del concepto de *nación*, el Tribunal Constitucional hace

una declaración referente a que en un contexto que no sea el jurídico-constitucional sería posible la autorrepresentación de una colectividad como realidad nacional añadiendo «incluso como principio desde el que procurar la conformación de una voluntad constitucionalmente legitimada para, mediante la oportuna e inexcusable reforma de la Constitución, traducir ese entendimiento en una realidad jurídica» (FJ 12). El Tribunal Constitucional marca así un camino jurídico para la independencia.

La no definición del concepto de *nacionalidad* como problema

La Constitución no define el concepto de nacionalidad del artículo 2 (ni lo distingue de región) y tampoco le otorga después consecuencias con relación a las vías de acceso en la autonomía. La STC 31/2010 ha sido una oportunidad perdida para clarificar los conceptos de *nación* y de *nacionalidad*. Es verdad que las nacionalidades son citadas en varios momentos a lo largo de la STC 31/2010, pero también están descontextualizadas, porque solo se repite que se integran en la Nación española, como señala la literalidad del artículo 2 CE, pero no se explica qué es una nacionalidad ni cómo esta integración afecta al concepto de *nación*. La pregunta «¿qué es una nacionalidad?» ha quedado sin respuesta.

Más allá de las argumentaciones que se dieron en el transcurso de las Cortes constituyentes a las que ya se ha hecho mención, hay que destacar que el concepto de *nacionalidad* ha sido tratado por diferentes autores, tanto extranjeros (Meinecke, Stuart Mill) como españoles –provenientes principalmente de tierras catalanas (Pi i Margall, Prat de la Riba, Rovira i Virgili, Solé Tura). El Tribunal Constitucional no ha utilizado ninguna de estas fuentes, ni ha construido tampoco un concepto de nacionalidad de nuevo. Simplemente cita el término *nacionalidad* como palabra autocomprensiva.

Los votos particulares en la STC 31/2010 tampoco perfilan mucho más el concepto de nacionalidad. El magistrado Conde Martín de Hijas en su voto particular considera que nación y nacionalidad son categorías conceptuales diferentes y da a entender que no comparten los mismos atributos. No define, sin embargo, qué es una nacionalidad, aunque considera que la lengua es «uno de los elementos implícitamente considerados en el art. 2 CE de diferenciación entre nacionalidades y regiones». El magistrado Gay Montalvo en su voto particular simplemente habla de las nacionalidades como entidades políticas, pero no las distingue de las regiones; se refiere a «la particularidad de los pueblos que integran la Nación española» como requisito para poder hablar de unidad indis-

luble, aunque no lleva el argumento más allá. El magistrado Rodríguez-Zapata Pérez en su voto particular considera que las nacionalidades se encuentran en un segundo inciso del artículo 2 CE que está subordinado a la Nación española. No define, sin embargo, qué son.

La manera de entender que el uso del sustantivo *nación* y del adjetivo *nacional* con relación a Cataluña eran plenamente constitucionales pasaba, por un lado, por adoptar una concepción no dogmática del concepto de *nación* y llenar de contenido el concepto de *nacionalidad*, y, por otro, por leer ambos preceptos de forma integrada. La STC 31/2010 no ha hecho ni una cosa ni la otra.

5. LOS DERECHOS HISTÓRICOS

Ruptura y transición a la democracia como
fuentes de dos tipos de derechos históricos
compatibles para Cataluña (117-121)
Tomàs de Montagut Estragués

Los derechos históricos (122-124)
Joaquim Ferret Jacas

Derechos históricos (125-128)
Jaume Vernet i Llobet

RUPTURA Y TRANSICIÓN A LA DEMOCRACIA COMO FUENTES DE DOS TIPOS DE DERECHOS HISTÓRICOS COMPATIBLES PARA CATALUÑA

Tomàs de Montagut Estragués*

Las dos recuperaciones de la democracia en España durante el siglo XX que pusieron fin, respectivamente, a las dictaduras militares instauradas por el general Primo de Rivera y por el general Franco se realizaron de forma muy diferente.

La primera dictadura militar (1923-1931) acabó con una ruptura institucional a raíz de unas elecciones municipales ganadas por los partidos democráticos que provocaron la abdicación y exilio del rey Alfonso XIII y la abolición de la Monarquía. El mismo 14 de abril de 1931, y por un movimiento democrático *down/up*, se proclamó la II República Española en Madrid, y la República Catalana como Estado integrado en la Federación Ibérica en Barcelona, si bien al cabo de tres días, a raíz de las negociaciones entre las fuerzas democráticas rupturistas españolas y catalanas, se acordó reducir la constitución unilateral de la República catalana mediante el restablecimiento oficial de la Generalitat de Cataluña a través de un decreto firmado por el presidente de la Generalitat Francesc Macià y publicado en el Boletín de la Generalitat de Cataluña el 3 de mayo de 1931; decreto que fue reconocido por el Gobierno provisional de la República por otro Decreto de 21 de abril de 1931. Como es bien sabido, Cataluña elaboró rápidamente su Estatuto de Autonomía, que tuvo que esperar a la aprobación de la Constitución de la II República Española (1931) para ser finalmente ratificado (septiembre de 1932). El País Vasco y Galicia también plebiscitaron sus propios estatutos de autonomía, si bien sólo el del País Vasco fue aprobado, ya iniciada la Guerra Civil.

La segunda dictadura militar (1936-1975) y su apéndice transicional (1975-1978) dieron paso al actual Estado democrático español a través de un movimiento político *up/down* basado en el consenso de las fuerzas políticas democráticas con los herederos del franquismo reformados. La Monarquía reinstaurada por el dictador fue respetada y la transición se realizó escalonadamente y sin rupturas institucionales. Los pactos de la Moncloa entre los dirigentes de los partidos y las negociaciones políticas dejaron paso a su concreción jurídica,

* Tomàs de Montagut Estragués, catedrático de historia del derecho de la Universidad Pompeu Fabra, y miembro del Institut d'Estudis Catalans.

en el seno de la ponencia encargada de redactar la que sería la vigente Constitución española de 1978.

Franco había abrogado el Estatuto de Autonomía de Cataluña con una disposición de efectos retroactivos (abril de 1938) donde afirmaba que el «Estatuto de Cataluña, en mala hora concedido por la República, dejó de tener validez, en el orden jurídico español, desde el día diecisiete de julio de mil novecientos treinta y seis».

Para dar satisfacción a los pueblos de España a los que la dictadura franquista había suprimido su autonomía y, en especial, a Cataluña, se otorgó *up/down* un régimen provisional de autonomía con el restablecimiento de la Generalitat. En efecto, el Real Decreto-Ley 41/1977, de 29 de septiembre, que crea la Generalitat provisional de Cataluña, manifiesta que «la Generalidad de Cataluña es una institución secular, en la que el pueblo catalán ha visto el símbolo y el reconocimiento de su personalidad histórica, dentro de la unidad de España». Sin embargo, no se restablecieron en su vigencia, en razón de las mencionadas negociaciones, los derechos históricos que Cataluña había aprobado democráticamente dentro del marco constitucional de la II República Española y que se concretaban en el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1932, sino que se optó por conceder acceso a la nueva autonomía a un número indeterminado de territorios españoles que debían solicitarla a través de un procedimiento idéntico en el término final, en cuanto al potencial de competencias por alcanzar, aunque diferente en la iniciativa, puesto que la Disposición transitoria segunda de la Constitución de 1978 otorgaba un procedimiento más ágil y rápido a los territorios de Cataluña, País Vasco y Galicia. Ésta será la virtualidad formal y limitada que los derechos históricos alcanzados por Cataluña en la ruptura democrática de 1931 tendrían en la práctica constitucional de la transición democrática de 1975-1978.

Con el fin de ampliar el consenso constitucional y dar satisfacción a los pueblos de España a los que la dictadura había respetado la *ius continuatio* de su derecho histórico propio –de forma total (Navarra) o parcial, en el caso del País Vasco (Álava)– se redactó la Disposición adicional primera de la Constitución de 1978, en la que se reconoció, naturalmente no con carácter de privilegio, lo que sería contrario a los principios democráticos de la Constitución, sino con carácter abstracto y general, que «la Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales».

La Constitución quiere que los derechos históricos de los territorios forales sean amparados y respetados, lo cual significa que la Constitución reconoce la identidad política e histórica de esas comunidades territoriales y otorga un valor potencial a su derecho histórico.

Navarra, que no dispone de Estatuto de Autonomía, dio valor a su derecho propio a través de la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra propuesta por una comisión instituida en época de la dictadura.

Ahora bien, este derecho histórico potencial en otros supuestos se habrá de positivizarse a través de actualizaciones que necesariamente deberán realizarse en el marco de la Constitución y los Estatutos de Autonomía y de sus respectivas reformas. Ésta es la vía seguida por la Comunidad del País Vasco y que puede seguir todo pueblo de España que, constituyendo territorio foral, disponga de derechos históricos. Hay que recordar que las competencias alcanzadas con esta actualización, también plenamente constitucional, están sensiblemente reforzadas en comparación con las competencias logradas por la vía ordinaria, no histórica, sometidas muchas veces estas últimas a servidumbres con respecto a normas básicas o armonizadoras del Gobierno del Estado.

Las anteriores consideraciones nos sirven para elaborar estas primeras notas, necesariamente puntuales y limitadas por razones de espacio y tiempo, a las consecuencias más esenciales de la decisión del Tribunal Constitucional en lo relativo a las figuras jurídicas de los derechos históricos, de las instituciones seculares y de la tradición jurídica catalana tal y como figuran en la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

La Sentencia 31/2010, de 28 de junio, resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado por noventa y nueve diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso con respecto a varios preceptos del Estatuto de Autonomía de Cataluña, entre los cuales se encuentran aquellos que contienen la figura de los derechos históricos, de las instituciones seculares y de la tradición jurídica catalana. Lo más importante es lo siguiente:

Artículo 5. *Los derechos históricos*

«El autogobierno de Cataluña se fundamenta también en los derechos históricos del pueblo catalán, en sus instituciones seculares y en la tradición jurídica catalana, que el presente Estatuto incorpora y actualiza al amparo del artículo 2, la Disposición transitoria segunda y otros preceptos de la Constitución, de los que deriva el reconocimiento de una posición singular de la Generalitat en relación con el derecho civil, la lengua, la cultura, la proyección de éstas en el ámbito educativo, y el sistema institucional en que se organiza la Generalitat.»

En primer lugar, la decisión del TC no anula ni deja sin eficacia jurídica este artículo 5, sino que declara que no es inconstitucional siempre que se interprete en los términos establecidos en su fundamento jurídico.

La interpretación del TC sobre este artículo es ciertamente compleja pero considero que queda bien iluminada si tenemos en cuenta las consideraciones históricas realizadas anteriormente.

El razonamiento del TC consiste en distinguir entre dos clases de derechos históricos que nosotros, para facilitar la lectura, podemos denominar derechos históricos «A» y derechos históricos «B»:

a) Los *derechos históricos* «A» son aquellos que la Disposición transitoria segunda de la Constitución «ha querido atribuir a los territorios que en el pasado hubieran plebiscitado Estatutos de autonomía en orden a facilitarles su constitución como Comunidades Autónomas a través de un procedimiento específico».

b) Los *derechos históricos* «B» son los que corresponden «a los derechos de los territorios forales a que se refiere la Disposición adicional primera de la Constitución».

Ahora bien, estos dos tipos de derechos históricos no son incompatibles. Bien puede darse, como en el caso de Cataluña, que una Comunidad General histórica con derecho general, es decir, un territorio foral dotado de derechos históricos «B», pueda haber disfrutado de derechos históricos «A» porque, entre otros requisitos, plebiscitó durante la II República un Estatuto de Autonomía.

Es cierto que el constituyente de 1978 no quiso que los derechos históricos «A» dieran lugar a una actualización porque eso hubiera supuesto, en el caso de Cataluña, restablecer la vigencia del Estatuto de Autonomía de 1932, abrogado antidemocráticamente por la II dictadura, lo cual dificultaba las negociaciones de la transición a la democracia y la implantación del modelo casi uniforme de desarrollo autonómico de base más provincial que histórica.

Es cierto también que el «derecho civil, la lengua, la cultura, la proyección de éstas en el ámbito educativo, y el sistema institucional en que se organiza la Generalitat» del mencionado artículo 5 del EAC de 2006 pueden referirse a los derechos históricos «B», pero el fundamento jurídico del TC no establece la obligatoriedad exclusiva de esta referencia. Pueden ser de referencia bipolar, como de hecho y de derecho ya lo son ahora.

Significativamente, el TC opta por no reiterar jurisprudencia anterior del propio Tribunal que establecía privilegios y excluía sin justificación racional ni jurídica el acceso a los derechos históricos «B» por parte de determinados territorios forales, o sea, de determinados pueblos de España que en el pasado fueron reconocidos como Comunidad General (por ejemplo: el General de la Tie-

rra y la Generalitat de Cataluña) y que tuvieron un ordenamiento jurídico propio (por ejemplo: *Usatges, Constitucions i Altres Drets de Catalunya*).

Por estas razones de polisemia, la figura de los derechos históricos sólo puede entenderse en el artículo 5 referida a los derechos históricos «A» y por lo tanto se puede considerar no referida a los derechos históricos «B», especialmente cuando las instituciones seculares y la tradición jurídica catalana sí pueden referirse plenamente a los derechos históricos «B», es decir, al contenido de la Disposición adicional primera de la Constitución y por lo tanto actualizarse en el marco de la Constitución y del Estatuto de Autonomía y ser título de determinadas competencias que en su caso pueden ser positivadas.

En definitiva, es ésta, en mi opinión, la situación resultante en la actualidad y que se desprende de la decisión interpretativa del TC de 28 de junio pasado. Así, en el fundamento jurídico nº. 10 se estima que «el art. 5 EAC no es contrario a la Constitución interpretado en el sentido de que su inciso “en los derechos históricos del pueblo catalán” no remite al contenido de la Disposición adicional primera de la Constitución ni es fundamento jurídico propio del autogobierno de Cataluña al margen de la Constitución misma, y así se dispondrá en el fallo».

Como conclusión de estas breves notas y volviendo al título que las encabeza, considero que el TC ha reconocido plenamente la constitucionalidad del artículo 5 EAC. Teniendo en cuenta los dos periodos de ruptura y de transición a la democracia en España y su significado político y jurídico, el TC ha establecido una división conceptual de la que han surgido dos figuras diferentes de derechos históricos. El TC sólo advierte que los derechos históricos «A» no tienen la misma virtualidad que los derechos históricos «B» y que, por lo tanto, no se pueden confundir. Sin embargo, dicho esto, ambos tipos, «A» y «B», son considerados compatibles para los territorios forales que en el pasado plebiscitaron estatutos de autonomía, como dos opciones o vías constitucionales practicables, tal y como se da en el caso de Cataluña, a través del artículo 5 EAC, para fundamentar su autogobierno y actualizar sus instituciones seculares y su tradición jurídica.

LOS DERECHOS HISTÓRICOS

Joaquim Ferret Jacas*

Un planteamiento estatutario ambiguo

El artículo 5 del Estatuto hace una referencia ambigua a los derechos históricos de Cataluña. Afirma que el Estatuto los incorpora y actualiza, derivando de ello el reconocimiento de una posición singular de la Generalitat con relación al derecho civil, la lengua, la cultura, la protección de éstas en el ámbito educativo y el sistema institucional en que se organiza la Generalitat. Pero afirma que esta protección de los derechos se realiza fundamentándose en el artículo 2, la Disposición transitoria segunda y otros preceptos de la Constitución. Curiosamente no hace referencia a la Disposición adicional primera, que es la que regula los derechos históricos, a no ser que se entienda contenida en la expresión «otros preceptos de la Constitución». La referencia a la Disposición adicional primera había existido en anteriores versiones del texto estatutario pero desaparece en el proceso de elaboración del Estatuto.

Hay ya desde el inicio una escasa convicción catalana en los derechos históricos. El catalanismo ha sido poco apegado al tradicionalismo y se ha basado principalmente en el racionalismo propio de una sociedad industrial. Sin embargo, la flexibilidad de las instituciones históricas no es despreciable. La institución monárquica es un ejemplo. Por eso, apartándose de la línea habitual catalana, el Estatuto no renuncia a la vía de los derechos históricos, aunque lo hace de forma equívoca e imprecisa.

Una interpretación contundente

La Sentencia lleva a cabo un pronunciamiento interpretativo sobre el artículo 5. En primer lugar se afirma que la fundamentación histórica no puede ser ajena a la Constitución. Como no parece discutible en un sistema democrático constitucional, la historia sólo juega en los términos en que le da juego la propia Constitución.

* Joaquim Ferret Jacas, catedrático de derecho administrativo de la Universidad Autónoma de Barcelona.

Hay una segunda afirmación mucho más importante. Los derechos históricos de Cataluña no son los de la Disposición adicional primera de la Constitución. Ciertamente, la ambigüedad del artículo 5 da pie a esta posible interpretación. Pero el Tribunal va más lejos y no se limita a señalar que el artículo 5 no ha querido que entrase en juego la Disposición adicional primera de la Constitución. Con el activismo judicial que la caracteriza, la Sentencia hace unas afirmaciones que sin decirlo de manera radical parecen excluir en cualquier caso la aplicación de la Disposición adicional primera a Cataluña: «Se trata, pues, de derechos históricos en un sentido bien distinto del que corresponde a los derechos de los territorios forales a que se refiere la Disposición adicional primera de la Constitución. Y ello porque se refieren a derechos y tradiciones de Derecho privado o, en el ámbito del Derecho público, al derecho que la Disposición transitoria segunda de la Constitución ha querido atribuir a los territorios que en el pasado hubieran plebiscitado Estatutos de autonomía en orden a facilitarles su constitución como Comunidades Autónomas a través de un procedimiento específico. Con ese limitado alcance, por completo diferente al que la Constitución ha reconocido a los derechos de los territorios forales de la Disposición adicional primera, el art. 5 EAC anticipa el elenco de competencias que, de acuerdo con la Constitución, atribuye a la Comunidad Autónoma en el ámbito de la lengua, de la cultura y de la educación y hace explícitas las razones que justifican el concreto sistema institucional en el que se organiza la Generalitat de Cataluña».

De acuerdo con la Sentencia, el artículo 5 posee un mero valor enunciativo y su eficacia normativa es prácticamente nula. De esta manera no necesita fundamento constitucional. Si lo necesitara no lo encontraría en los artículos que menciona. Por otra parte, difícilmente se puede considerar que sean de derecho privado la educación, la cultura o el sistema institucional. Pero lo más importante es que la Sentencia considera que lo dispuesto en el artículo 5 nada tiene que ver con los derechos históricos de los territorios forales. No se dice con claridad que el régimen de los territorios forales no sea aplicable a Cataluña. Pero parece darse por descontado que los territorios forales son algo diferente. Hasta ahora no había habido ningún pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre los derechos históricos de Cataluña.

Con su ambigüedad, el artículo 5 no ha evitado que el Tribunal Constitucional excluya un pronunciamiento sobre la aplicabilidad de la Disposición adicional primera de la Constitución pero sí ha conseguido que no se vea en la obligación de dar razones de la no aplicabilidad. ¿Porque Cataluña no es territorio foral? ¿Es más importante ser territorio foral dentro de un reino que ser un reino indepen-

diente? ¿Los derechos históricos son sólo los todavía presentes en el siglo XIX con exclusión de los que desaparecieron en el siglo XVIII? La Sentencia, que parece encontrar evidente que no se aplique a Cataluña la Disposición adicional primera de la Constitución, no nos argumenta por qué motivos no se aplica.

Hay que destacar que la Constitución no nos dice cuáles son los territorios forales. Ciertamente, si tenemos en cuenta los trabajos parlamentarios, se refieren a los territorios vascos y navarros, pero una interpretación teleológica llevaría a la conclusión de que también Cataluña tiene que ser considerada territorio foral. No olvidemos que continúa vigente la Disposición adicional tercera del Estatuto de Autonomía de Aragón, que dispone: «La aceptación del régimen de autonomía que se establece en el presente Estatuto no implica la renuncia del pueblo aragonés a los derechos que como tal le hubieran podido corresponder en virtud de su historia, los que podrán ser actualizados de acuerdo con lo que establece la Disposición adicional primera de la Constitución». Si esta norma no es inconstitucional, la Disposición adicional primera de la Constitución es aplicable más allá de los territorios vascos y navarros.

Las consecuencias de no tener los derechos históricos de los territorios forales

Los derechos históricos permiten un debilitamiento de las competencias estatales parecido a las transferencias de competencias del artículo 150.2 de la Constitución pero con la garantía de tratarse de competencias estatutarias. Esta técnica no es aplicable a Cataluña con el vigente Estatuto y, de seguir en la misma línea el Tribunal Constitucional, no lo será nunca.

Aspectos de tanta trascendencia como el concierto fiscal de Euskadi y Navarra no tienen otro fundamento que la Disposición adicional primera de la Constitución. Lo mismo sucede con el procedimiento privilegiado del «*amejoramiento de fuero*» navarro.

Los derechos históricos permitían posibilidades futuras y significaban una garantía de las competencias actuales. Una cuestión como la del establecimiento de los límites de las veguerías podría solucionarse con la técnica de los derechos históricos.

Lo que sucede ya ahora es que Cataluña baja en el ranking de autonomía. Cataluña está por debajo en autonomía de los territorios forales y en algunos aspectos de las comunidades que no han visto impugnados sus estatutos. Todo esto no puede dejar de tener efectos.

DERECHOS HISTÓRICOS

Jaume Vernet i Llobet*

No sé cuál es la razón por la que el Tribunal Constitucional ha emitido una sentencia en que la argumentación es inexistente o contradictoria. En varios temas el Tribunal pierde, a causa del escaso e incoherente razonamiento, la legitimación que teóricamente tiene para dictar, sobre la base del derecho, un fallo que ha de resolver un conflicto político, quizás el más importante sobre el que se ha pronunciado el Tribunal desde su creación. Esta percepción crítica se pone de manifiesto en los votos particulares y, en una primera lectura de la Sentencia (como la que hacemos en este breve comentario), se comprueba en una larga re- tahíla de fundamentos, ciertamente poco jurídicos, en ocasiones.

De este análisis no se escapa el fundamento jurídico 10 de la STC 31/2010, que supera escasamente una página y donde ni siquiera menciona jurisprudencia anterior. De hecho, el Tribunal hace trampa (o es un olvido inexcusable) cuando remite a su antecedente 21 (FJ 8) para el examen de los motivos de los recurrentes y de la respuesta de las otras partes procesales a las alegaciones en relación con los derechos históricos. Este antecedente se refiere exclusivamente al artículo 5 EAC, cuando la polémica sobre los derechos históricos está mucho más desarrollada. Así, el Tribunal, en los antecedentes 16, 17 y 18, resume las posiciones de las partes en relación con el preámbulo, que afirma que los derechos históricos también fundamentan el autogobierno de Cataluña, que es la principal oposición alegada con respecto al texto estatutario pero no la única. Los recurrentes negaban, asimismo, que estos derechos puedan ser una explicación histórica del Estatuto y que se puedan basar en la DA primera CE.

Sin embargo, además hay otros temas que citaban los recurrentes, como que los derechos históricos no podían ser un título atributivo de competencias (cuestión en la que se centró básicamente el Dictamen nº. 269, de 1 de septiembre de 2005, del Consejo Consultivo, F I.4); que la actualización de los derechos debía efectuarse en los estatutos de autonomía, pero no en el de Cataluña; que los derechos del artículo 5 EAC se pudieran basar en la DT segunda CE; o la

* Jaume Vernet i Llobet, catedrático de derecho constitucional de la Universidad Rovira i Virgili.

apelación a los derechos históricos como residuo de soberanía. Temas prácticamente ausentes en la Sentencia que comentamos.

El Tribunal señala que el precepto impugnado sería inconstitucional si los derechos históricos pretendieran convertirse en un fundamento del autogobierno ajeno a la Constitución, pero también sería inconstitucional si fuera un añadido que lo justificara, que es precisamente lo que el preámbulo y el artículo 5 dicen textualmente (*a*). Sin embargo, el Tribunal entiende que el enunciado descarta esta interpretación, así como que se trate de los derechos históricos a los que se refiere la Disposición adicional primera de la Constitución (*b*).

a) La fundamentación del autogobierno. Sobre la primera cuestión, el Tribunal afirma que «sólo de manera impropia» podría entenderse que los derechos históricos son jurídicamente también fundamento del autogobierno, lo que no puede suceder «nunca». Aquí termina toda la argumentación que hay. Esta falta de justificación tiene que servir igualmente para comprender el preámbulo, según afirma el Tribunal.

Los votos particulares favorables al recurso de inconstitucionalidad ponen de relieve que el Tribunal utiliza la técnica de la interpretación conforme, de manera que «para rehacer un precepto, transformándolo en otro, y así, en su nueva reformulación, poder declararlo constitucional», ya que lo que «el precepto dice en sus términos literales [...] es precisamente lo que la Sentencia niega» (V. Conde, punto 10); o que para «salvar» el artículo de la inconstitucionalidad «la Sentencia –FJ 10– hace decir al Preámbulo y al art. 5º EAC exactamente lo contrario de lo que dicen» (J. Delgado, punto 6). Igualmente, se utiliza la «interpretación conforme oculta», según la cual se hace decir al preámbulo lo que no dice (J. Rodríguez-Zapata, punto 15).

El Tribunal ignora la referencia explícita del preámbulo a la fundamentación de los derechos históricos en la Constitución y, como preámbulo, le niega cualquier tipo de eficacia jurídica, lo que después se convertirá en inconsistente, ya que el carácter aditivo de la fundamentación aparece en el articulado (art. 5 EAC) y a éste no le tendría que negar cierta efectividad normativa, lo que implicaría la declaración de inconstitucionalidad como reclaman algunos votos particulares (por todos, ver el de R. Rodríguez Arribas).

Las alegaciones del Gobierno y del Parlamento de Cataluña (antecedentes 17 y 18, respectivamente) justificaron la legitimidad histórica del autogobierno reconocida por la Constitución, porque es explicativa de la fundamentación constitucional de éste en tanto que «el derecho histórico es, para el Parlamento

de Cataluña, la pervivencia de un sentido del Derecho en la historia», argumentación coincidente con el voto particular de E. Gay (punto 4), quien entiende que el Tribunal incurre en «un academicismo más propio del siglo XIX» y un «positivismo exacerbado, casi afirmando que no existe nada antes de la Constitución», ya que está claro que «el constituyente no ha actuado al margen de la historia de España ni la Constitución es el resultado de un hecho espontáneo» (punto 5).

b) Aplicación de la Disposición adicional primera CE. Sobre la segunda cuestión, el Tribunal establece que el artículo 5 EAC no tiene relación con esta disposición (ni tampoco remite a la misma), porque «el sentido» de los derechos históricos en el Estatuto y en la Constitución es «bien diferente», ya que los estatutarios son derechos y tradiciones de derecho privado, y cuando se refieren al derecho público tienen como base la Disposición transitoria segunda CE, que permite explicar la asunción de determinadas competencias. De acuerdo con ello, el artículo 5 «anticipa el elenco de competencias» que se atribuyen sobre determinadas materias y «hace explícitas las razones que justifican» el sistema institucional de la Generalitat.

En este punto se da cierta coincidencia entre el voto que sustentó la mayoría en el Dictamen nº. 269 del Consejo Consultivo y la práctica unanimidad del Tribunal Constitucional, aunque la argumentación del Consejo (pese a que no la compartiera, como expresé en voto particular al mencionado Dictamen) era mucho más sólida y extensa. Así, desde una interpretación literal, histórica, auténtica (de acuerdo con los antecedentes parlamentarios del periodo constituyente), sistemática y teleológica del artículo 150.2 CE y de las disposiciones adicional primera, transitoria segunda y derogatoria de la Constitución, según mi opinión, los derechos históricos de Cataluña pueden ser homologables a los derechos históricos de los territorios forales citados en la Disposición adicional primera.

El Tribunal afirma autoritariamente que los derechos históricos derivados de la DA primera y de la DT segunda CE son diferentes y que los declarados en el Estatuto de Autonomía de Cataluña no pueden ampararse en la primera disposición constitucional, pero no dice, porque no lo puede decir, que las consecuencias jurídicas de los derechos históricos recepcionados en el artículo 5 EAC sean incompatibles en todo o en parte con los de los «territorios forales». Ni tampoco justifica por qué la actual Disposición adicional tercera del Estatuto de Aragón sí puede ampararse. Aun así, declara la constitucionalidad de los dere-

chos históricos tal como se recogen en el Estatuto. Alguna eficacia deben tener, ya que no ha sido negada explícitamente en el fallo, al vincular los derechos históricos del artículo 5 EAC a un conjunto de preceptos constitucionales, por lo que pueden repercutir sobre el sistema de distribución de competencias, modulando el artículo 149.1 CE.

En definitiva, el Tribunal Constitucional reescribe la Constitución y el Estatuto con un activismo interpretador desmesurado, especialmente criticable porque no argumenta lo suficiente y, por lo tanto, no convence. Una vez más no justifica sus afirmaciones, con lo cual dificulta la comprensión del alcance y sentido de su decisión. Creará más problemas de los que ayude a resolver, cuando lo último tendría que ser uno de sus objetivos.

6. LA LENGUA

El régimen de las lenguas oficiales.
Comentario a la Sentencia del
Tribunal Constitucional 31/2010,
de 28 de junio (131-138)
Antoni Milian i Massana

Valoración de los aspectos relativos a la
lengua en la Sentencia del Tribunal
Constitucional 31/2010 de 28 de junio,
sobre el Estatuto de Autonomía de
Cataluña (139-143)
Xavier Muro Bas

El régimen lingüístico en la Sentencia 31/2010
de 28 de junio (144-147)
Anna M. Pla Boix

La lengua en la Sentencia de 28 de junio
del 2010) (148-152)
Eva Pons Parera

EL RÉGIMEN DE LAS LENGUAS OFICIALES. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 31/2010, DE 28 DE JUNIO

Antoni Milian i Massana*

El texto que sigue constituye un comentario de urgencia y obligadamente sintético de la doctrina contenida en la STC 31/2010, de 28 de junio, en lo que atañe a los preceptos del Estatuto de Autonomía de Cataluña relativos a las lenguas oficiales. No se trata, por tanto, de un comentario completo y acabado, sino tan sólo de una primera aproximación limitada a aquellas cuestiones en las que el pronunciamiento del Tribunal va revestido de mayor sustancia o contenido. Me limito, pues, a glosar los siguientes asuntos: 1) el significado y alcance de «lengua propia»; 2) el deber de conocer el catalán; 3) la exigencia del conocimiento de las lenguas oficiales en la Administración pública y en la Administración de Justicia; 4) los derechos lingüísticos en el ámbito de la enseñanza, y, finalmente, 5) el deber de disponibilidad lingüística.

Según el Tribunal Constitucional, la única consecuencia jurídica que entraña la condición del catalán como lengua propia de Cataluña consiste en que sea esta lengua, y no otra lengua española, la que deba devenir efectivamente oficial en Cataluña, junto al castellano, como consecuencia del mandato contenido en el art. 3.2 CE. Este criterio tan restrictivo le permite negar que, merced a aquella condición, pueda el catalán disfrutar de una posición prioritaria respecto del castellano en las actividades públicas u oficiales, contradiciendo la que ha sido doctrina prácticamente unánime en Cataluña y mayoritaria en otras latitudes, que admite un uso mayor del catalán siempre que respete escrupulosamente los derechos a utilizar la otra lengua oficial y a recibir las comunicaciones y notificaciones en dicha lengua (esto último, en todo caso o sólo si los destinatarios desconocen la otra lengua oficial, según las opiniones). En palabras del Tribunal, las Administraciones públicas catalanas y el poder público estatal en Cataluña «no pueden tener preferencia por ninguna de las dos lenguas oficiales» (FJ 14, letra a), de ahí que declare la inconstitucionalidad y nulidad del inciso «y

* Antoni Milian i Massana, catedrático de derecho administrativo de la Universidad Autónoma de Barcelona.

preferente» del art. 6.1 EAC, que no admitiría una interpretación conforme con la Constitución. La razón de la decisión es muy simple: el trato prioritario o preferente de una de las lenguas oficiales iría «en perjuicio del equilibrio inexcusable entre dos lenguas igualmente oficiales», las cuales «en ningún caso pueden tener un trato privilegiado», sin perjuicio de que el legislador «pueda adoptar, en su caso, las adecuadas y proporcionadas medidas de política lingüística tendentes a corregir, de existir, situaciones históricas de desequilibrio» (FJ 14, letra *a*). Por aquel mismo motivo, el «uso normal» que se predica del catalán también debe predicarse para el castellano. ¿Significa, entonces, todo ello, que, como regla general, las Administraciones y los poderes públicos concernidos deben utilizar simultáneamente ambas lenguas oficiales en su actividad interna y en las relaciones entre ellos, e incluso en sus relaciones con los ciudadanos? Aunque el Tribunal ya no entra en tales precisiones, para dar una respuesta más segura conviene recordar las observaciones vertidas por aquél al verificar, más tarde, la constitucionalidad del art. 50.5 EAC.

Después de afirmar que «[s]ólo los particulares, en tanto que titulares del derecho de opción lingüística garantizado por el propio art. 33.1 EAC, pueden preferir una u otra de ambas lenguas en sus relaciones con el poder público radicado en Cataluña» (FJ 23), el Alto Tribunal interpreta el citado art. 50.5 EAC en los siguientes términos: «El precepto, sin embargo, es conforme con la Constitución ya que puede interpretarse en el sentido de que, *en el marco de la política de fomento y difusión del catalán*, las entidades públicas, instituciones y empresas a que el precepto se refiere, pueden utilizar la lengua catalana con normalidad, sin perjuicio de poder utilizar también con normalidad el castellano, en sus relaciones internas, en las relaciones entre ellas y en sus comunicaciones con los particulares, siempre que se arbitren los mecanismos pertinentes para que el derecho de los ciudadanos a recibir tales comunicaciones en castellano pueda hacerse efectivo sin formalidades ni condiciones que redunden para ellos en una carga u obligación que les constituya en la posición de sujeto activo en sus relaciones con la Administración pública.» (FJ 23. La cursiva es mía). Acerca de esto último, el Tribunal había excluido previamente una interpretación literal del apartado 5 del art. 50 EAC, en virtud de la cual resultara que «quienes prefieran que su lengua de comunicación con las Administraciones sea el castellano hayan de pedirlo expresamente».

Pues bien, en cuanto al uso interno y al uso con otras Administraciones o poderes públicos, al ser tan normal el uso de una como el de la otra lengua oficial, parece que el Tribunal acepta que el legislador pueda disciplinar usos indistintos. Pero, además, el uso de la lengua catalana puede resultar superior al de

la lengua castellana. Así entiendo que cabe inferirlo de la precisión «en el marco de la política de fomento y difusión del catalán», inciso que, de otro modo, carecería de sentido. Y así permite creerlo el abrumador uso del castellano en la Administración periférica del Estado en Cataluña, amparado por el silencio que guarda el art. 36.1 de la Ley 30/1992 respecto a las lenguas de las actuaciones internas. Lo que se ha dicho para el uso interno, valdría, en principio, para las actividades externas no procedimentalizadas. En relación con el uso en los procedimientos y en las comunicaciones y notificaciones está claro, en cambio, que la opinión del Tribunal obliga a reinterpretar o, mejor, aconseja modificar, las previsiones del art. 10.1 de la Ley del Parlamento de Cataluña 1/1998, de 7 de enero, de Política Lingüística (en adelante, LPL), y la segunda frase del art. 9.1 de la misma Ley.¹ De acordarse la modificación, debe tenerse en cuenta que existen numerosas opciones posibles. Desde la prevista en el derogado artículo 10 de la Ley del Parlamento de las Islas Baleares 3/1986, de 29 de abril, precepto que el intérprete supremo de la Constitución tuvo ocasión de avalar expresamente en la STC 123/1988 (FJ 4), hasta la solución arbitrada en el art. 36.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, invirtiendo, en este caso, el uso residual a favor del castellano por el uso a favor del catalán, siempre que el uso no equilibrado de las lenguas de ese precepto sea constitucional.

Acerca de la cuestión del deber de conocer el catalán, para mejor comprender el pronunciamiento, conviene recordar el sentido del deber de conocer el castellano. En la STC 82/1986 (FJ 2 y 3), el Tribunal Constitucional, después de definir de manera impecable el concepto de «lengua oficial», lo desnaturalizó respecto de las lenguas oficiales propias, al atribuir al deber de conocer el castellano uno de los efectos típicos de la oficialidad –la presunción de su conocimiento en las comunicaciones oficiales, de donde se desprende (o está comprendida en) la imposibilidad de alegar su desconocimiento, salvo en supuestos de indefensión. De esta suerte, la oficialidad de las lenguas propias quedaba vaciada en este punto. Precisamente, para equiparar efectivamente el catalán y el castellano en Cataluña, el art. 6.2 EAC incorporó el deber de los ciudadanos de Cataluña de conocer las dos lenguas oficiales. Esta pretensión correctora no merece el asentimiento del Tribunal, el cual, por otra parte, lejos de enmendar el contenido atribuido al deber de conocer el castellano –deber constitucional insólito en el derecho comparado, donde basta la condición de lengua oficial– lo eleva todavía más para concluir que aquel deber «es en realidad el contrapunto de la facultad del poder

1. También los preceptos equivalentes previstos en las normas dictadas en virtud del mandato contenido en los apartados 2 y 3 del art. 9 LPL.

público de utilizarla como medio de comunicación normal con los ciudadanos sin que éstos puedan exigirle la utilización de otra [...] para que los actos de *imperium* que son objeto de comunicación desplieguen de manera regular sus efectos jurídicos.» (FJ 14, letra *b*). Así vacía, todavía más, la oficialidad de las demás lenguas españolas. Por ejemplo, de aquella afirmación tan categórica, sin más, podría derivarse que de la oficialidad de una lengua no se desprende el derecho a recibir las comunicaciones, notificaciones y actuaciones en dicha lengua. Se trataría, entonces, de un derecho que tendría que reconocerse legalmente. Respecto a la falta de relación entre la oficialidad y aquel derecho, yo mismo había sostenido dicha posibilidad (con la salvedad de los documentos públicos) para, viceversa, fortalecer la presencia del catalán en Cataluña, y ello a la vista de la constitucionalidad declarada (STC 56/1990, FJ 41) del art. 231 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ). Pero tal vez no sea ese significado extremo el que corresponda a aquella frase, porque el propio Tribunal, más adelante, en el párrafo sexto del fundamento jurídico 21, parece apuntar que el derecho lingüístico pasivo también forma parte de las consecuencias de la oficialidad. En todo caso, aunque ello no fuera así, la falta de derecho pasivo en la elección de la lengua oficial en la Administración de Justicia del art. 231 LOPJ, que trató de remediar la Ley de Política Lingüística y subsanaba la entrada en vigor de la Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias (si bien el Tribunal Constitucional la desnaturalizó con la doctrina del Auto 166/2005, FJ 4 y 5), debe corregirse de manera expresa, puesto que a ello obliga inexorablemente el derecho de opción lingüística reconocido a los ciudadanos por el art. 33.1 EAC, en la medida que el Tribunal Constitucional le atribuye la vertiente pasiva (STC 31/2010, FJ 23), contenido pasivo dispuesto expresamente, además, en el art. 33.2 EAC.² Una última observación sobre aquella frase contundente del Tribunal: ¿acaso tendrán efectos las comunicaciones, notificaciones, documentos o actuaciones redactadas en castellano, a pesar de que el destinatario las hubiera pedido en lengua catalana? La afirmación del Tribunal sugiere la duda, pero no deberían tener efecto, porque, si así fuera, re-

2. Ello con independencia de la circunstancia de que la contundente afirmación del Tribunal Constitucional ahora comentada pueda ayudar a sostener el flaco argumento que contenía la STC 56/1990 a la hora de fundamentar la constitucionalidad de la preferencia por el uso del castellano; argumento débil a mi juicio, dado que el derecho constitucional a no sufrir indefensión puede satisfacerse plenamente sin necesidad de anudarlo, como hacía la Sentencia, «a la obligación de conocimiento del castellano». En efecto, y en cualquier caso, el derecho constitucional a no sufrir indefensión puede quedar preservado con la simple previsión de la asistencia gratuita de intérprete y de traducciones si se utiliza la lengua oficial propia y no se comprende dicha lengua.

sultaría algo tan grave como que los poderes públicos estarían capacitados para pulverizar, sin capacidad reactiva efectiva del afectado, una parte de sus derechos lingüísticos. En fin, volviendo al deber de conocer el catalán, y para terminar esta cuestión, únicamente recordar que el Tribunal salva su constitucionalidad limitando y remitiendo su contenido al deber de conocerlo consagrado en el ámbito de la educación y al preceptuado en el de la función pública. No se trata, pues, de una mera interpretación del precepto, sino de una mutación.

Poco hay que decir respecto a las exigencias lingüísticas previstas para los Jueces, Magistrados, Fiscales, Notarios, Registradores de la propiedad y mercantiles, encargados del Registro Civil, y personal al servicio de la Administración de Justicia (arts. 33.3; 102.1, 3 y 4 y 147.1 EAC) y para el personal al servicio de la Administración del Estado en Cataluña (art. 33.4 EAC). El Tribunal declara su constitucionalidad. Lo que tal vez sorprenda sea el razonamiento que, en esta ocasión, consiste en que tales exigencias son inherentes a la oficialidad: «mera formalización de una consecuencia inherente a la declaración de cooficialidad»; «consecuencia constitucionalmente inherente a la cooficialidad», etc. (FJ 21). La efectividad de la exigencia requiere la intervención del legislador estatal, que, para los Jueces, Magistrados y Fiscales, debe determinar «la forma» y «el alcance» de la acreditación del «conocimiento adecuado y suficiente del catalán para hacer efectivos los derechos lingüísticos de los ciudadanos». En la medida que la exigencia es inherente a la oficialidad, el legislador estatal está constitucionalmente obligado a modificar la legislación vigente (la Ley Orgánica del Poder Judicial, para el supuesto de los Jueces, Magistrados y personal al servicio de la Administración de Justicia). Sin embargo, transcurridos más de cuatro años desde la entrada en vigor del Estatuto de Autonomía de Cataluña, todavía no se ha procedido a adaptar la Ley Orgánica del Poder Judicial en este extremo, y ello a pesar de haberse modificado en profundidad la citada Ley Orgánica en el año 2009, mediante la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre. La inaplicación de los requisitos lingüísticos previstos en los Estatutos relacionados con la Administración de justicia no es, sin embargo, una novedad. Así ha venido sucediendo con el art. 35.1 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco, al desconocer el Tribunal Supremo la doctrina contenida en el fundamento jurídico 46 de la STC 56/1990, doctrina según la cual resulta que, en el punto de las exigencias lingüísticas, la Ley Orgánica del Poder Judicial y los Estatutos de Autonomía «configuran una normación compuesta que, lejos de excluirse recíprocamente, se complementan», opinión que, por cierto, no se menciona en la STC 31/2010.

También muy sucintamente paso a comentar la doctrina de la STC 31/2010 respecto de los derechos lingüísticos en el ámbito de la enseñanza, la cual se ha-

lla desarrollada en los fundamentos jurídicos 14, letra *a*, último párrafo, y, sobretodo, en el 24. El Tribunal responde con firmeza al desafortunado silencio que, en relación con el castellano, guardan los apartados 1 y 2, primera parte, del art. 35 EAC. Lo hace en los siguientes términos: «nada permite, sin embargo, que el castellano no sea objeto de idéntico derecho ni disfrute, con la catalana, de la condición de lengua vehicular en la enseñanza.» (FJ 24). Con estas palabras sale al encuentro del reconocimiento estatutario limitado al derecho a recibir la enseñanza en catalán y a la determinación de que esta lengua debe utilizarse normalmente como lengua vehicular y de aprendizaje en la enseñanza. El Tribunal termina con una interpretación conforme con la Constitución, tras un razonamiento un tanto embrollado y tortuoso (con error grave incluido: calificación de la enseñanza *en* las lenguas oficiales de consecuencia inherente de la cooficialidad, mediante remisión a la STC 87/1983, FJ 5, cuando dicha Sentencia atribuye aquella calificación sólo a la enseñanza *de* las lenguas oficiales).

Según el Tribunal, el apartado 1 y el primer inciso del apartado 2 del art. 35 EAC hay que interpretarlos en el sentido de que «no impiden el libre y eficaz ejercicio del derecho a recibir la enseñanza en castellano como lengua vehicular y de aprendizaje en la enseñanza.» (FJ 24). Ante esta interpretación, ¿debe colegirse, entonces, que el modelo lingüístico escolar catalán tiene que consagrar el derecho a recibir toda la enseñanza en castellano? Aunque una lectura descontextualizada del fragmento reproducido pudiera suponerlo, no parece ser ésta la voluntad del Tribunal, el cual, con cita de un pasaje de la STC 337/1994, FJ 10, recuerda que «corresponde a los poderes públicos competentes [...] organizar la enseñanza que ha de recibirse en una y otra lengua [...]; y ello al objeto de garantizar el derecho de los ciudadanos a recibir [...] enseñanza en catalán y en castellano»; o sea que «como tenemos repetido [este fragmento es ya originario de la STC 31/2010], no cabe pretender legítimamente que la misma se imparta única y exclusivamente en una de las dos lenguas cooficiales». A la hora de determinar la lengua docente, ¿deben los poderes públicos dar un trato exactamente equivalente a las dos lenguas oficiales? No parece ello imprescindible. El Tribunal retoma otro fragmento de la STC 337/1994, FJ 10, que da clara respuesta: «resulta perfectamente 'legítimo que el catalán, en atención al objetivo de la normalización lingüística en Cataluña, sea el centro de gravedad de este modelo de bilingüismo'»; cabe pues disciplinar una presencia más intensa del catalán, siempre con el límite de que, y aquí vuelve a reproducir un pasaje de la STC 337/1994, FJ 10, «ello no determine la exclusión del castellano como lengua docente de forma que quede garantizado su conocimiento y uso en el territorio de la Comunidad Autónoma». Entonces, ¿incorpora alguna novedad la STC

31/2010 respecto de la STC 337/1994? Esta última ya había señalado que, en todo caso, el modelo tenía que prever enseñanza en castellano («enseñanza en catalán y en castellano», FJ 10). ¿En qué extensión? Lo acabamos de ver: debe de garantizar su conocimiento y uso, pero, incluso si ello se garantiza con la enseñanza *del* castellano, también ha de impartirse un mínimo de enseñanza en castellano. Lo verdaderamente novedoso de la STC 31/2010 es el énfasis y la claridad (en este punto sí) –dos ejemplos: «el castellano no puede dejar de ser también lengua vehicular y de aprendizaje en la enseñanza.» (FJ 14, letra *a*); «es constitucionalmente obligado que las dos lenguas cooficiales sean reconocidas por los poderes públicos competentes como vehiculares» (FJ 24)– con los que el Tribunal puntualiza la obligación de tener que estatuir enseñanza en castellano, al margen de que pueda bastar la enseñanza del castellano para garantizar su conocimiento y uso. El *quantum* mínimo necesario no lo fija y es que, entiendo, deberá concretarse en función de cada modelo concreto y su contexto. Sin embargo, esta enseñanza en castellano no debe circunscribirse a los estudios básicos, sino que «ha de generalizarse [...] para el conjunto del proceso educativo.» (FJ 24). El Tribunal tendrá ocasión de precisar más cuando se pronuncie sobre el recurso interpuesto contra la Ley del Parlamento de Cataluña 12/2009, de 10 de julio, de Educación. Esta Ley, comparada con la legislación precedente (art. 21. 1 y 2 LPL) y especialmente con la normativa examinada por el Tribunal Constitucional en la STC 337/1994, tiende a restringir algo más a la enseñanza en castellano, circunstancia que, a la luz de la doctrina de la STC 337/1994, ya permitía dudar de la constitucionalidad de alguno de sus puntos cuando se aprobó.

En cuanto al deber de disponibilidad lingüística, también objeto de impugnación, consagrado *in abstracto* por el art. 34 EAC, el Tribunal se limita a señalar que el deber de disponibilidad lingüística de las entidades privadas, empresas o establecimientos abiertos al público «no puede significar la imposición a éstas, a su titular o a su personal de obligaciones individuales de uso de cualquiera de las dos lenguas oficiales de modo general, inmediato y directo en las relaciones privadas [...] Por ello, en este ámbito de las relaciones entre privados no cabe entender que el Estatuto imponga de modo inmediato y directo tal obligación a los ciudadanos» (FJ 22). Habrá que ver cómo el Tribunal concreta en eventuales pronunciamientos posteriores esta precisión genérica. En todo caso, y entendiéndolo que se refiere a los usos orales, podría coincidir prácticamente con lo que yo mismo había manifestado en otra ocasión. En relación con los usos orales, ya había expresado la imposibilidad legal de estatuir una obligada correspondencia *oral* y *directa* en la lengua del consumidor, usuario o clien-

te por parte de *cualquier* vendedor.³ Ahora bien, esta opinión incluye, asimismo, que, en cambio, quizás podría ser posible establecer normativamente esa obligada correspondencia con carácter extraordinario, si estuviera justificada y si se dispusiera de manera más matizada, afectando a un porcentaje reducido de vendedores, y se disciplinara únicamente para determinadas empresas o establecimientos cuya plantilla contara con un elevado número de trabajadores destinados a la atención del público.⁴

Para terminar, y como conclusión general, quiero señalar que el Tribunal Constitucional cierra la puerta a una territorialización lingüística –me refiero aquí a la acepción sociolingüística del principio de territorialidad– limitada, pero significativa, a favor de la lengua catalana en Cataluña, con la excepción, en principio, del ámbito de la enseñanza y probablemente de determinados usos internos de las Administraciones públicas. A ello vale la pena añadir que el Tribunal destruye, mediante el particular contenido dado al deber de conocer el castellano y la conversión del deber de conocer el catalán en algo insustancial, el anunciado equilibrio inexcusable entre las dos lenguas oficiales, alzaprimitando el castellano o, dicho en otros términos, subordinando el catalán a aquella lengua. Resulta, pues, que en el marco constitucional español, el catalán, como consecuencia de su generalizada exclusión de las instituciones y organismos centrales del Estado –algo que ya conocíamos– es una lengua *inútil* a nivel estatal, pero descubrimos ahora, porque creíamos que eran posibles otras interpretaciones, que el catalán es en Cataluña, fruto también del régimen constitucional español, una lengua *innecesaria*, salvo prácticamente en el ámbito escolar. Se trata, obviamente, y con ello concluyo, de un marco inapropiado para garantizar la plena pervivencia de una lengua en el complejo mundo actual; de un marco tremendamente desigual que propicia y propiciará todavía más la asimilación lingüística en Cataluña en beneficio del castellano.

3. Milian i Massana, Antoni, «Algunes reflexions sobre les intervencions lingüístiques públiques constrictives en el sector privat a propòsit del capítol V de la Llei 1/1998, de 7 de gener, de política lingüística», *Revista de Llengua i Dret*, núm. 31, 1999, 35, p. 50 y 51. Trabajo reproducido en Milian i Massana, Antoni, *Drets lingüístics per a tothom. Estudis de dret lingüístic*, Palma, Lleonard Muntaner, 2010, 141, p. 160 y 161.

4. Milian i Massana, Antoni, *Drets lingüístics per a tothom...*, cit., p. 161, nota 17.

VALORACIÓN DE LOS ASPECTOS RELATIVOS A LA LENGUA EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 31/2010 DE 28 DE JUNIO, SOBRE EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE CATALUÑA

Xavier Muro Bas*

El capítulo referido a lengua en la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, dictada en el recurso interpuesto por varios diputados del Grupo Popular contra el Estatuto de autonomía de Cataluña (en adelante EAC), ha sido considerado en general, tanto por los sectores más opuestos o críticos con el EAC como por los defensores del texto, testigo de la actitud del Tribunal en este proceso. Es obvio que se trata de uno de los aspectos especialmente sensibles de la norma enjuiciada, generador de controversia política (y por ahora no social, en un nivel apreciable), en la medida en que se puede calificar como uno de los signos de la identidad nacional de Cataluña (y por eso figura en el título preliminar). El establecimiento del régimen jurídico del catalán en el EAC, en el sentido que éste lo hace, no es tanto una concreción del grado de autogobierno sino la definición de un elemento identificador previo y de su delimitación en términos jurídicos. Por otra parte, este régimen jurídico se traduce en una serie de derechos y deberes de los ciudadanos, además de obligaciones para los poderes públicos, lo que le da un relieve muy destacado en la arquitectura del texto estatutario. Teniendo en cuenta dicho relieve, una primera impresión de la decisión del Tribunal respecto del capítulo lingüístico desde un punto de vista meramente cuantitativo permitiría considerar que sus efectos son limitados o reducidos (un artículo parcialmente inconstitucional por un solo término; cuatro apartados y un artículo sometidos a una interpretación conforme, y el resto de los artículos impugnados, en todos sus extensos apartados, declarados plenamente constitucionales); sin embargo, una valoración más profunda del contenido de la decisión permite constatar que el texto estatutario no ha salido tan indemne de su revisión por la justicia constitucional, sino al contrario. El modelo de ordenación lingüística establecido por el EAC resulta afectado de manera importante en su posible desarrollo y concreción, si se tiene en cuenta que este desarrollo en realidad ya existía, porque se trataba de la Ley de Política Lingüística (LPL), cuyo diseño, en sus rasgos básicos, se incorporaba al texto estatutario. Este grave impacto se produce porque la Sentencia, en los

* Xavier Muro Bas, letrado del Parlamento de Cataluña.

fundamentos jurídicos dedicados a enjuiciar los preceptos impugnados en materia lingüística, formula interpretaciones, aunque no todas ellas se trasladan a la resolución con la consiguiente problemática que eso puede causar, que ponen en cuestión la regulación recogida en la LPL. La elevación de este modelo a rango estatutario no sólo proporcionaba estabilidad al mismo y lo convertía en elemento estructural del autogobierno sino que tenía el valor adicional de comprometer al Estado en su desarrollo, en la medida en que el EAC es una norma estatal, fruto del pacto con las Cortes Generales, a diferencia de la LPL, compromiso estatal que ahora, a consecuencia de la interpretación contenida en la Sentencia, queda en entredicho.

El EAC no se limitaba a asumir en sus aspectos básicos el modelo articulado por la LPL, sino que contenía el añadido destacable del establecimiento del «deber de conocimiento del catalán», deber que en cierta manera ya se podía considerar recogido en el anterior Estatuto, aunque la redacción entonces utilizada suscitaba dudas y podía estimarse que más que propiamente un deber en realidad fijaba la obligación para los poderes de llegar a una situación de hecho de equilibrio entre las lenguas oficiales en cuanto a su uso y conocimiento. Pues bien, la inclusión de este deber también ha resultado afectada, en buena medida, por la interpretación que de él se hace en la Sentencia.

La argumentación de la Sentencia en el capítulo lingüístico, en general, con excepción de la que se dedica a los artículos 6, 35 y 50.5, es concisa y, a mi entender, escasa, sin entrar a discutir, para rebatir o aceptar, las alegaciones de las partes. Incluso en relación con el artículo 35, la mayor extensión que se le dedica resulta de la reproducción de jurisprudencia constitucional, de la que en este caso puede considerarse más tributaria que en el resto de preceptos examinados, respecto de los cuales dicha jurisprudencia no ha desempeñado casi ningún papel, o mínimo (tan sólo respecto del artículo 6). Por otra parte, el fallo contiene ambigüedades e imprecisiones que dejan el terreno abonado para futuros conflictos, algunos incluso muy próximos debido a que la concreción de la previsión estatutaria en la LPL choca con la interpretación del texto estatutario realizada por el alto Tribunal.

Analizamos acto seguido la decisión del Tribunal respecto de los diferentes preceptos juzgados.

En relación con el artículo 6.1, la Sentencia parte de la valoración del uso del calificativo de «propia» (recordamos que ya estaba recogida en el anterior EAC y que el recurso no parece cuestionar) que se aplica a la lengua catalana, para llegar a la conclusión de que significa que describe una realidad anterior al EAC, como es obvio. Esta consideración de la Sentencia parece innecesaria pero no deja de tener interés, porque precisamente de este calificativo («propia») la LPL (art. 2.2) derivaba dos consecuencias normativas que posteriormente desa-

rrollaba y que la Sentencia pondrá en cuestión: *a*) es «la» lengua de las instituciones de Cataluña y *b*) es la lengua «preferentemente» utilizada por la Administración del Estado. Pues bien, la Sentencia declara inconstitucional, en el inciso siguiente a la calificación del catalán como lengua propia, que la consecuencia de esta calificación sea que es lengua de uso «preferente» por las Administraciones públicas, por todas, además, y no sólo por la Administración del Estado como establece la LPL. Para la Sentencia, esta preferencia resulta contraria a la necesaria igualdad entre las lenguas, que impide priorizar una sobre la otra. La igualdad se predica en este caso de las lenguas, y no de los ciudadanos en su uso como era el criterio habitual en otros pronunciamientos. Esta igualdad formal absoluta entre lenguas no tiene en cuenta la diferente situación de ambas en la práctica, que justificaría la diferencia, como en muchos casos hace la jurisprudencia constitucional al aplicar el principio de igualdad y como planteaba el Abogado del Estado. Con todo, más adelante, en el mismo párrafo y de manera aparentemente contradictoria, el propio Tribunal parece admitir esta situación y que justifique un tratamiento diferenciado, declarando «la procedencia de que el legislador pueda adoptar, en su caso, las adecuadas y proporcionadas medidas de política lingüística tendentes a corregir, de existir, situaciones históricas de desequilibrio de una de las lenguas oficiales respecto de la otra». ¿Puede salvar esta consideración la previsión y la práctica de que el catalán sea la lengua inicialmente exclusiva de comunicación de las instituciones de la Generalitat? ¿O será necesario, por contra, que a partir de ahora todas las comunicaciones administrativas y notificaciones sean bilingües? Si ésta última es la interpretación finalmente querida por la Sentencia, su impacto es realmente importantísimo. A pesar de la admisión de políticas de normalización tendentes a corregir desequilibrios históricos, la Sentencia ofrece argumentos para pensar que aquél es el criterio que sostiene, ya que al enjuiciar el artículo 50.5 (referido a las relaciones interprivadas) dirá: «Sólo los particulares [...] pueden preferir una u otra de ambas lenguas en sus relaciones con el poder público radicado en Cataluña. Y hacerlo en perfecta igualdad de condiciones por cuanto hace a las formalidades y requisitos de su ejercicio, lo que excluye que, como pudiera resultar de una interpretación literal del apartado 5 del art. 50 EAC, quienes prefieran que su lengua de comunicación sea el castellano hayan de pedirlo expresamente»; interpretación esta que es llevada a la parte resolutoria de la Sentencia. Por lo tanto, la inconstitucionalidad de los términos «y preferente» puede fundamentar el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad respecto de la LPL. La argumentación de la Sentencia respecto de este artículo 6.1 podría afectar incluso al uso de las lenguas en los medios de comunicación públicos dependientes de la Generalitat, en los que el catalán es lengua de uso

preferente. Estas posibilidades quedan abiertas, en función del alcance que se dé a la posibilidad de una política correctora que se admite de manera inconcreta.

El art. 6.2 es objeto de interpretación de conformidad a la CE con respecto a la inclusión del deber de conocimiento del catalán. Habiéndose descartado en su día por la jurisprudencia constitucional que este deber se pudiera imponer por el legislador ordinario autonómico, para los recurrentes tampoco podía establecerse en el Estatuto sino, si acaso, en la CE. La Sentencia salva la constitucionalidad de la norma con un razonamiento contradictorio, porque da un sentido diferente a este deber según se refiera al castellano o al catalán. Cuando se trata del castellano, este deber significa que el ciudadano no puede oponerse a las notificaciones practicadas únicamente en esta lengua (salvo en el caso del derecho de defensa *en juicio*). Pues bien, atribuir este mismo sentido al deber de conocimiento del catalán es inconstitucional y, por lo tanto, las notificaciones practicadas exclusivamente en catalán no son válidas si el ciudadano alega desconocimiento. Para salvar la constitucionalidad del deber referido al catalán, minimiza su sentido, que queda limitado al deber de aprenderlo en el sistema educativo y a imponerlo en relaciones de sujeción especial. En definitiva, se reduce a una potestad limitada de la Administración en determinados casos; razonamiento, por cierto, que es el que se podía considerar apuntado por el Abogado del Estado. Este entendimiento del «deber» crea una situación de desigualdad entre el castellano y el catalán sin otra justificación que su no inclusión en el art. 3.1 CE (y, a mi entender, en contradicción con el resto del artículo).

En cuanto al resto de preceptos impugnados, podríamos distinguir tres grupos: los del ámbito educativo, la imposición del deber de conocimiento a determinados funcionarios o en los servicios públicos y en las relaciones privadas con referencia a usuarios y consumidores; en los dos últimos casos, se trata de regulaciones destinadas a hacer efectivo el derecho de opción lingüística.

En relación con el artículo 35, que regula la lengua en la educación, creo que la Sentencia sigue la jurisprudencia anterior, principalmente la última importante en esta materia, la STC 337/1994, que acepta la constitucionalidad de que el catalán sea lengua vehicular, pero conjuntamente con el castellano, con el paliativo de que el catalán pueda ser el «centro de gravedad» por razones de normalización lingüística. Por lo tanto, el castellano debe tener un grado de presencia como lengua vehicular, ¿pero qué grado? Quizás más grave que la insistencia en el uso del castellano como lengua vehicular (que ya aparecía en la STC 337/1994, pero menos) es que ahora se dice que esta condición se tiene que aplicar a «*el conjunto* del proceso educativo», mientras que en la anterior sentencia, al referirse a la antigua Ley de Normalización Lingüística, se hablaba sólo de la «*primera enseñanza*». Esta extensión del periodo computado para la considera-

ción del castellano como lengua vehicular podría afectar a la constitucionalidad de la Ley de Educación o, cuando menos, suscita dudas sobre el significado de la Sentencia también en este punto.

En cuanto a los preceptos que pretendían la efectividad del derecho de opción lingüística, tenemos que distinguir entre los dos grupos antes mencionados. Por una parte, los artículos 33, 50.4 y 102, que imponen el deber de atender en catalán, y de aquí el deber de conocimiento para determinados servidores públicos, así como la validez de los actos en esta lengua. Se acepta esta consagración estatutaria de normas previamente recogida en la LPL, que obliga, en general, al legislador estatal. Ahora bien, no queda claro si se devalúa el contenido del mandato dirigido a este legislador, puesto que los preceptos mencionados establecen que «en todo caso» éste tiene que recoger las previsiones estatutarias, mientras que en la Sentencia se salva la constitucionalidad de los preceptos porque se dice que el legislador estatal dispone de «entera libertad» para llevar a cabo el mandato estatutario. ¿Significa que puede decidir desarrollar o no las previsiones estatutarias? ¿O bien que lo tiene que hacer, aunque libremente? Si el Tribunal hubiera considerado el EAC norma superior a cualquier ley orgánica, creo que no habría duda en favor del segundo sentido, es decir, que el EAC obligaría a su desarrollo. Al no haber sido así, esta opción parece más improbable, lo que reduce la virtualidad de la previsión estatutaria. Una argumentación específica se da en relación con el artículo 33.5, y también aparentemente contradictoria. Se niega la extraterritorialidad de la lengua catalana, utilizando como criterio no el lugar donde se ejerce el derecho de uso de la lengua, sino el de la competencia territorial del poder o institución receptora (primero, sin embargo, hace referencia a la localización de la sede del órgano, después relativiza este hecho en favor del criterio de la competencia). Acaba admitiendo la posibilidad del derecho de uso del catalán por decisión del legislador estatal, una vez más «con entera libertad», obviando si eso significa que puede reconocer efectos jurídicos o no libremente o que lo tiene que hacer pero de la manera que crea.

Finalmente, respecto de los arts. 34 y 50.5, que regulan la disponibilidad lingüística, deber correlativo al derecho de opción lingüística, se admite la constitucionalidad como proclamación abstracta y general, sin perjuicio de la ulterior valoración de las normas que lo desarrollen en sus términos concretos. Con todo, en una ambigüedad más, se rechaza como deber «general, inmediato y directo», lo cual parece indicar que no es posible imponer el uso del catalán a todos los dependientes de un establecimiento (¿o en todo tipo de establecimiento?), aunque será preciso ver qué significa más concretamente (se puede entender que la LPL tampoco lo exige, sino que el deber se impone al establecimiento en correspondencia con el derecho del usuario o consumidor).

EL RÉGIMEN LINGÜÍSTICO EN LA SENTENCIA 31/2010, DE 28 DE JUNIO

Anna M. Pla Boix*

Estas páginas esbozan un comentario crítico, muy sucinto, de la fundamentación jurídica de la STC 31/2010, de 28 de junio, con respecto a la materia lingüística.

Formalmente, este comentario jurisprudencial se fundamentará sobre una doble premisa: en primer lugar, la constatación de que la STC 31/2010, de 28 de junio, ha enjuiciado los ejes vertebradores del régimen lingüístico vigente en Cataluña avalando su constitucionalidad; en segundo lugar, se partirá de la base de que la interpretación *secundum constitutionem* de algunas previsiones lingüísticas del Estatuto resulta tan forzada que, en ciertos casos, desdibuja el sentido del enunciado literal de la norma generando incluso cierta inseguridad jurídica.

1. La constitucionalidad de las previsiones lingüísticas del Estatuto

La primera reflexión que conviene subrayar es que la STC 31/2010, de 28 de junio, avala la constitucionalidad de los ejes vertebradores del régimen jurídico-lingüístico catalán.

En este sentido, el recurso de inconstitucionalidad que resuelve esta Sentencia, interpuesto por varios diputados del Grupo Parlamentario Popular, había impugnado la mayoría de los artículos del Estatuto de Autonomía que regulaban derechos y deberes lingüísticos. Y no eran pocos porque, a diferencia del Estatuto de 1979, la nueva disposición estatutaria contiene una exhaustiva regulación en materia lingüística que se extiende a lo largo de todo su articulado.

La mayor parte del catálogo de derechos y deberes lingüísticos regulados en el Estatuto de Autonomía que han sido enjuiciados en esta Sentencia innovan más bien poco el marco normativo porque ya se encontraban garantizados desde hacía años en las leyes lingüísticas catalanas de 1983 y 1998 (Ley 7/1983, de 18 de abril, de Normalización Lingüística en Cataluña, aprobada por unanimidad del Parlamento, sustituida por la Ley 1/1998, de 7 de enero, de Política Lingüística).

* Anna M. Pla Boix, profesora lectora de derecho constitucional de la Universidad de Girona. Este artículo se inscribe en el marco del Proyecto de Investigación DER 2010-15778 financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

tica). Pues bien, la STC 31/2010 ha avalado la constitucionalidad de este régimen lingüístico estatutario y se ha pronunciado sobre los ejes vertebradores del modelo lingüístico del Principado, vigentes desde principios de la década de los años ochenta. Así, a modo de ejemplo y por todos, ha ratificado el contenido esencial del estatuto de la cooficialidad lingüística autonómica; ha avalado la legitimidad constitucional de que el catalán se utilice como lengua vehicular y de aprendizaje en la enseñanza en Cataluña, enlazando con lo que había resuelto la STC 137/1986 y siempre que se interprete en el sentido de lo que disponen los FFJJ 24 y 26 de la Sentencia; ha garantizado que el catalán, lengua propia de Cataluña, sea la lengua de uso normal, aunque no preferente, en las Administraciones públicas y en los medios de comunicación públicos de la Comunidad; o, a título indicativo, ha avalado el proceso de normalización lingüística emprendido con el restablecimiento de la democracia. Con respecto a esta última previsión, especialmente relevante, el FJ 14 de la Sentencia declara textualmente la «procedencia de que el legislador pueda adoptar, en su caso, las adecuadas y proporcionadas medidas de política lingüística tendentes a corregir, de existir, situaciones históricas de desequilibrio de una de las lenguas oficiales respecto de la otra». Cabe señalar que este aval explícito al proceso de normalización de la lengua propia lo encontramos en otros fundamentos jurídicos de la resolución. Buen ejemplo de ello es el FJ 23, en el que el alto Tribunal, al interpretar el sentido del artículo 50.5 del Estatuto, menciona explícitamente la conveniencia de tomar en consideración «el marco de la política de fomento y difusión del catalán» vigente en Cataluña.

La única previsión lingüística del Estatuto que la parte dispositiva de la STC 31/2010 declara inconstitucional y, por lo tanto, anula es la expresión «preferente» del artículo 6.1, preferencia que, por cierto, venía garantizando desde hacía años la Ley 1/1998, de 7 de enero, de Política Lingüística. Precisamente, el contenido y alcance de la argumentación jurídica que se esgrime en la Sentencia para acabar resolviendo en este sentido, junto con la lectura restrictiva que se hace de la noción de «lengua propia» y del deber de conocimiento del catalán, a buen seguro acabarán suscitando intensas controversias interpretativas. El carácter sintético de este comentario no permite abordar su estudio con el detenimiento que merece este nuevo pronunciamiento jurisprudencial, que no compartimos.

En cualquier caso, nos encontramos ante una Sentencia que resuelve explícitamente que todas las previsiones lingüísticas del Estatuto impugnadas por los recurrentes, exceptuando el término «preferente» del artículo 6.1, algunas interpretadas en el sentido establecido en sus fundamentos de derecho, respetan los mandatos de la norma suprema y, por consiguiente, no están viciadas de inconstitucionalidad.

2. Contenido y alcance de la interpretación conforme a la Constitución en materia lingüística: apuntes para una reflexión crítica

Dicho esto, la STC 31/2010, en la interpretación *secundum constitutionem* que realiza de ciertas previsiones del Estatuto, asume una lectura tan forzada de la dicción literal de la norma que genera cierta inseguridad jurídica. Tanto es así que, previsiblemente, en un futuro suscitará debates en sede política y académica y puede acabar convirtiéndose también en fuente de incommensurables conflictos. De hecho, la tarea hermenéutica del Tribunal, más allá del acierto o desacierto de los argumentos que se esgrimen en los fundamentos de derecho de la resolución, en lugar de aclarar el sentido de las previsiones estatutarias, en algunos casos impone una lectura que dificulta su comprensión desdibujando su sentido literal y auténtico.

Esta advertencia resulta especialmente pertinente en lo relativo a la interpretación de ciertas previsiones lingüísticas. La dicción literal de buena parte de los preceptos del Estatuto que regulan derechos y deberes lingüísticos no deja lugar a equívocos por su claridad y concisión. No obstante, la interpretación conforme a la Constitución que se hace altera, en ocasiones, su sentido generando cierta confusión, contraria al principio de seguridad jurídica garantizado en el artículo 9.3 de la Constitución.

Desde esta perspectiva, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional dictada hasta el momento respecto al principio de interpretación conforme a la Constitución había reiterado que el Tribunal Constitucional no puede «ignorar o desfigurar el sentido de los enunciados legales meridianos» ni tampoco puede «reconstruir una norma que no esté debidamente explícita en un texto» para avalar o no su constitucionalidad, entre otros motivos porque «no puede asumir una función de legislador positivo que institucionalmente no le corresponde» (por todas, STC 138/2005, FJ 5). Es preciso señalar que algunos votos particulares de la Sentencia se han hecho eco de ello, denunciando que algunas interpretaciones conformes a la Constitución previstas en la STC 31/2010 parecen expulsar del ordenamiento jurídico el tenor literal de algunos preceptos del Estatuto, sin llegar a hacerlo.

Es más, concurre el agravante de que algunas interpretaciones conformes a la Constitución desarrolladas a lo largo de la fundamentación jurídica de la Sentencia no se trasladan a su parte dispositiva. En materia lingüística constituye un buen ejemplo, por todos, la interpretación conforme a la Constitución que efectúa el FJ 21 con relación a los artículos 33.3, 33.4 o 102.4 del Estatuto. El fallo de la Sentencia no los consigna a pesar de la dicción literal en el mencionado fundamento jurídico.

Finalmente, para concluir este sucinto vistazo a la STC 31/2010, conviene advertir una última precisión: en su fundamentación jurídica, el Tribunal Constitucional a menudo remite a una necesaria colaboración internormativa entre

el Estatuto y ciertas disposiciones legislativas estatales, como la Ley Orgánica del Poder Judicial, al objeto de formular interpretaciones conformes a la Constitución de los preceptos impugnados.

El recurso a esta técnica también se empleará al interpretar ciertas previsiones lingüísticas como las reguladas en los artículos 33 o 102 de la disposición estatutaria. Pues bien, en estos casos la interpretación que se hace de la remisión a la legislación estatal es tan amplia e ilimitada que casi vacía de contenido las previsiones del Estatuto de Autonomía. Así, a modo de ejemplo y por todos, refiriéndose a los derechos lingüísticos garantizados en el artículo 33.5, el Tribunal Constitucional precisa que corresponderá al «legislador estatal competente» decidir su eficacia jurídica. Textualmente, proclama:

«habida cuenta de que el derecho atribuido a los ciudadanos de Cataluña lo es estrictamente «de acuerdo con el procedimiento establecido por la legislación correspondiente», que como es indiscutible tratándose de los órganos a los que el precepto se refiere será siempre la legislación del Estado, el apartado 5 del art. 33 EAC admite una interpretación conforme con la Constitución, ya que a dicha legislación ha de corresponder no sólo el *modus* en que aquel derecho ha de ejercerse y hacerse efectivo, sino, antes aún, definirlo cumplidamente en su contenido y en su alcance. En este sentido, la existencia o no de eficacia jurídica de los escritos presentados en catalán a dichos órganos y, en su caso, el grado de ésta ha de ser establecido con entera libertad, dentro de los límites constitucionales (artículo 3.1 CE) por el legislador estatal competente» (FJ 21)

En cualquier caso, el Estatuto de Autonomía es una ley orgánica estatal que forma parte del bloque de la constitucionalidad por lo que sus prescripciones, avallada su constitucionalidad, no pueden ser eludidas por el legislador. Todo ello sin perjuicio de lo que disponga otra normativa de incidencia directa en la materia, también jurídicamente vinculante, como la Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias. Este convenio internacional, ratificado por el Estado español en sede del Consejo de Europa, es totalmente obviado por la Sentencia. De hecho, el alto Tribunal no lo menciona en ninguno de los fundamentos de derecho que interpretan el contenido y alcance de las previsiones lingüísticas estatutarias.

Éstas son sólo algunas reflexiones que suscita una primera lectura crítica y obligadamente sintética de la fundamentación jurídica de la STC 31/2010 en materia lingüística. Tiempo habrá en adelante de valorarla con el detenimiento y rigor jurídico que merecen estas previsiones. En cualquier caso, sería conveniente que las lecturas que se hagan de este marco normativo y jurisprudencial contribuyan a fortalecer, desde la responsabilidad, el ejemplar pacto de respeto y convivencia lingüística vigente en Cataluña desde el restablecimiento de la democracia.

LA LENGUA EN LA SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 2010

Eva Pons Parera*

La reforma estatutaria de 2006 incorpora una regulación más amplia de la lengua respecto de la incluida en los estatutos de autonomía de primera generación. Mientras que estos últimos consignaban solamente los principios nucleares del régimen lingüístico y algunos derechos lingüísticos aislados, el legislador estatuyente de 2006 optó legítimamente por incluir el contenido de aquellos principios, los derechos y deberes lingüísticos, los mandatos de protección y fomento del catalán y el occitano y otras prescripciones lingüísticas provenientes, mayoritariamente, del desarrollo legislativo previo al marco del Estatuto de 1979, que obtenían de este modo la garantía estatutaria.

Como es sabido, la mayor parte de la regulación lingüística estatutaria fue objeto del recurso del Partido Popular (y una parte sustancial, sin plena coincidencia, también por el recurso del Defensor del Pueblo, pendiente aún de resolución). La decisión del Tribunal Constitucional (en adelante TC) en la Sentencia de 28 de junio de 2010 avala, en términos generales, la regulación lingüística estatutaria y, por consiguiente, las bases del modelo jurídico-lingüístico de Cataluña, al considerar ajustados a la Constitución (desde ahora CE) la mayor parte de los preceptos impugnados, excepto el adjetivo «preferente» que califica a la lengua propia en el artículo 6.1 EAC, declarado nulo en la parte dispositiva de la Sentencia. Con respecto al resto de previsiones, dos no son examinadas por el TC por falta de fundamento impugnatorio (art. 6.3, relativo al estatus del catalán en la Unión Europea; art. 6.5, declaratorio de la oficialidad del occitano en el Valle de Aran), seis son objeto de un pronunciamiento interpretativo que condiciona su validez en la parte dispositiva (arts. 6.2; 33.5; 34; 35.1 y 2; y 50.5) y el resto (arts. 11; 33.1, 2, 3 y 4; 36.1 y 2; 101.3; 102.1, 2 y 4; y 147.1.a) son declarados constitucionales, a pesar de que en ciertos casos sobre la base de consideraciones interpretativas que no se trasladan al fallo del TC.

Puesto que no es factible, en el marco de este breve comentario, profundizar en el análisis de la fundamentación de la Sentencia y en la valoración de sus efectos sobre el régimen lingüístico forjado en Cataluña durante los últimos

* Eva Pons Parera, profesora titular de derecho constitucional de la Universidad de Barcelona.

treinta años, destacaremos los efectos más relevantes en cuanto a la interpretación de los conceptos jurídico-lingüísticos generales y su conexión con el enjuiciamiento de ciertas prescripciones lingüísticas sectoriales, enmarcándolo en unas consideraciones previas sobre el canon de enjuiciamiento utilizado por el TC.

Llama la atención, visto el alcance del pronunciamiento del TC sobre el régimen lingüístico, la ausencia de una mención preliminar a la función que el artículo 3.2 CE asigna al Estatuto de Autonomía para determinar el régimen de las lenguas oficiales distintas de la castellana –con un estatus regulado por el artículo 3.1 CE– y completar así la definición constitucional del modelo de plurilingüismo estatal. Ya lo dijo la STC 82/1986, FJ 1: «el artículo 3.1 y 2 de la Constitución y los artículos correspondientes de los respectivos Estatutos de autonomía *son la base de la regulación del pluralismo lingüístico* en cuanto a su incidencia en el plano de la oficialidad en el ordenamiento constitucional español» (subrayado nuestro). Pero no sólo la Sentencia omite expresar esta consideración, sino que refleja una concepción restrictiva de la reserva del artículo 3.2 CE –cuyo contenido se hace coincidir, extrañamente, con el alcance de la competencia de la Generalitat previamente reconocida por el TC, a partir de los mandatos del EAC de 1979, para regular el alcance de la oficialidad de la lengua propia (STC 87/1997, entre otras)–, elementos que contribuyen ulteriormente al carácter confuso de parte de la fundamentación jurídica sobre los preceptos estatutarios impugnados, que parece responder más bien a los difíciles equilibrios alcanzados en el debate interno del Tribunal, como se desprende de la lectura de los votos particulares.

Con este telón de fondo, por lo que se refiere al principio de oficialidad, el TC afirma con una radicalidad nunca utilizada –y no deducible de los estrictos términos de la definición de la noción por la STC 82/1986, que cita– que la Constitución comporta un principio fundamental de igualdad de las dos lenguas oficiales, de lo cual se derivan unos límites a los efectos jurídicos del principio de lengua propia que se oponen a la prescripción estatutaria de su uso «preferente» en las Administraciones públicas y los medios de comunicación públicos de Cataluña (art. 6.1 EAC). En la medida en que el catalán continúa calificándose por el precepto estatutario como «la lengua de uso normal» en dichos ámbitos institucionales, la situación actual no varía sustancialmente, si bien se introduce una confusión entre lengua propia y oficial antes inexistente. También es avalada por la Sentencia la conexión de la lengua propia con el mandato normalizador, al admitir seguidamente que «el legislador pueda adoptar, en su caso, las adecuadas y proporcionadas medidas de política lingüística ten-

dentes a corregir, de existir, situaciones históricas de desequilibrio de una de las lenguas oficiales respecto de la otra» (FJ 14), alusión que cubre las diferentes proyecciones sectoriales del principio de protección del catalán como lengua propia.

Entre éstas, y de forma coherente, la Sentencia mantiene la consideración legal y estatutaria del catalán como «la lengua normalmente utilizada como vehicular y de aprendizaje en la enseñanza» (art. 6.1 EAC), y su concreción en sede de derechos lingüísticos, donde se reconoce el «derecho a recibir la enseñanza en catalán» (art. 35.1 y 2). El TC no se separa, como era una de las pretensiones básicas del recurso, del precedente de la STC 337/1994, que dictaminó la constitucionalidad del modelo de conjunción lingüística, con el catalán como «centro de gravedad» y con el límite de exclusión del castellano del ámbito docente, en el conjunto del proceso educativo. Por lo tanto, se ratifica la doctrina según la cual las prescripciones lingüísticas de la Constitución no imponen un modelo lingüístico educativo determinado, ni tampoco otros valores o derechos constitucionales (FJ 24), si bien esto último es lo que sostienen con argumentos forzados cuatro de los votos particulares a la Sentencia.

No obstante, la igualdad predicada con tanta contundencia de las lenguas oficiales se rompe después al no reconocer la Sentencia la constitucionalidad de un deber general de conocer el catalán, formulado en el artículo 6.2 EAC en términos equivalentes al castellano. Si bien el Tribunal indica que el tema de la posible consignación estatutaria del deber no se cerró definitivamente por la STC 84/1986 (que declaró la no imposición constitucional de este deber para las lenguas distintas del castellano, el cual no sería inherente a su oficialidad), introduce una conceptualización del deber como «el contrapunto de la facultad del poder público de utilizarla [la lengua] como medio de comunicación normal con los ciudadanos sin que éstos puedan exigirle la utilización de otra». El uso «normal» del castellano en la STC 82/1986 —que poco antes se oponía al uso «preferente» del catalán— se esgrime ahora para afirmar que en el caso de lenguas cooficiales diferentes del castellano «no existe para los poderes públicos una facultad equivalente», de manera que los ciudadanos tienen derecho a utilizar las dos en sus relaciones con la autoridad, pero sólo la obligación de conocer el castellano, y las autoridades no pueden presumir con carácter general el conocimiento del catalán los ciudadanos catalanes (FJ 14).

Así, la dicción del artículo 6.2 EAC se reconduce por vía interpretativa hacia un deber individualizado y exigible de conocimiento, ya preexistente dentro del ordenamiento lingüístico catalán, en el ámbito de la enseñanza (art. 35.2) y de la función pública (STC 46/1991), resaltando la imposibilidad de equiparar-

lo con el deber general que rige para el castellano. En este punto, la Sentencia obvia la idea de progresividad que ha inspirado el régimen lingüístico de Cataluña, donde el Estatuto de 1979 ya contenía el mandato «de llegar a su [de las lenguas oficiales] igualdad plena en cuanto a los derechos y deberes de los ciudadanos de Cataluña» y la Ley 1/1998, de Política Lingüística, ratificó el objetivo «de alcanzar la igualdad con respecto a los derechos y los deberes lingüísticos de los ciudadanos y ciudadanas», previsiones que pueden identificarse como un pilar del pacto de convivencia lingüística en Cataluña, para cuyo cumplimiento los poderes públicos catalanes han dedicado ingentes acciones y recursos, en el transcurso del proceso de normalización lingüística, que se han traducido en la extensión del conocimiento de las dos lenguas a una amplia mayoría de la población.

La concreción de esta línea argumental en el marco del análisis de los usos lingüísticos administrativos regulados por el artículo 50.5 EAC (reiterativo de previsiones ya existentes en el ordenamiento lingüístico catalán) suscita dudas importantes: si bien se desprende de la Sentencia que las Administraciones catalanas y otras instituciones y entidades que ejercen funciones públicas, en el marco de una política de fomento y difusión del catalán, pueden hacer uso del catalán normalmente en sus comunicaciones a los ciudadanos –además de las comunicaciones internas y las relaciones entre ellas–, al mismo tiempo ello se condiciona a que se arbitren los «mecanismos pertinentes» para que quienes quieran obtener la comunicación en castellano puedan hacerlo sin formalidades o condiciones que supongan una «carga» para ellos. Aunque no se impone por la Sentencia la exigencia de comunicaciones bilingües, la precisión apuntada parece difícilmente comprensible, con la consiguiente inseguridad jurídica y, según cómo se entienda el concepto de «carga», de difícil cumplimiento, si bien la creciente informatización de las relaciones administrativas puede facilitar el uso de distintas lenguas.

Diversamente, por lo que se refiere a la proclamación de los derechos lingüísticos, como previsiones que ya plasman en de la norma estatutaria la equivalencia de las lenguas oficiales que reivindica la Sentencia, el TC no constata dudas de constitucionalidad. Así, con respecto al derecho de opción lingüística de los ciudadanos, impugnado en aquello que afecta a las Administraciones públicas estatales, se afirma que corresponde al legislador estatuario formularlo como principio, aunque se adhieren consideraciones interpretativas relativas a la intervención «inexcusable y excluyente» del legislador estatal, como concreciones de los mandatos incluidos en la norma, que pueden limitar su efectividad (arts. 33.3 y 4, 102.1 EAC), excepto en los supuestos del personal al servicio de

la Administración de justicia (art. 102.4 EAC) y los notarios (art. 147.1.a), donde se abre la puerta al desarrollo normativo por el legislador competente autonómico (FFJJ 21, 51 y 59). Esta fundamentación delimita indirectamente el alcance de la competencia exclusiva de la Generalitat en materia de lengua propia (artículo 143 EAC, no impugnado), afectada también por la relativización por el TC de los términos con que se define esta tipología competencial en el artículo 110 CE (FJ 59). Con respecto al enjuiciamiento del artículo 34, relativo a los derechos lingüísticos de consumidores y usuarios, su constitucionalidad está condicionada por consideraciones interpretativas de carácter preventivo sobre el deber de disponibilidad lingüística, que no puede significar según el TC la imposición de obligaciones de uso de cualquiera de las dos lenguas oficiales «de modo general, inmediato y directo», de donde parece deducirse que el legislador que regule la obligación de las empresas o establecimientos de atender en cualquiera de las dos lenguas tendrá que hacerlo en función del tipo de establecimiento –no es lo mismo una gran empresa que una empresa familiar– y sin exigir que todos los empleados hablen las dos lenguas. De forma similar, el artículo 33.5 EAC, referente al derecho a dirigirse en catalán a los órganos constitucionales y órganos jurisdiccionales de ámbito estatal, es acotado interpretativamente por consideraciones sobre los límites territoriales de la oficialidad del catalán que, sin cuestionar el principio establecido, vacían al menos en parte su eficacia.

De esta manera, el TC avala mayoritariamente la constitucionalidad de la regulación lingüística estatutaria y se sustrae a la presunción de inconstitucionalidad global que parecen proyectar los magistrados firmantes de cuatro de los votos particulares, insólita de acuerdo con una concepción democrática de la justicia constitucional. Sin embargo, las carencias en la argumentación de la Sentencia, la frecuencia de las declaraciones interpretativas que alteran el sentido de la norma o crean confusión sobre su significado no parecen responder adecuadamente a la función de pacificación de conflictos atribuida al supremo intérprete constitucional, vinculada a la legitimidad funcional que lo sostiene. Es de esperar, por lo tanto, que prevalezca una lectura positiva de la Sentencia en relación con el pacto de convivencia que en materia lingüística la sociedad catalana y sus instituciones han construido durante los últimos treinta años, desde la asunción de la especial responsabilidad que les corresponde en la preservación del patrimonio lingüístico mundial.

7. DERECHOS Y GARANTÍAS JURISDICCIONALES

Derechos y garantías jurisdiccionales
en la Sentencia sobre el Estatuto de
Autonomía de Cataluña (155-161)
Miguel Ángel Cabellos Espiérrez

Derechos y garantías
jurisdiccionales (162-167)
Marc Carrillo López

Derechos y garantías (168-172)
Enriqueta Expósito

Derechos y garantías jurisdiccionales
en la Sentencia 31/2010 sobre el Estatuto
de Autonomía de Cataluña (173-178)
Gerardo Pisarello Prados

DERECHOS Y GARANTÍAS JURISDICCIONALES EN LA SENTENCIA SOBRE EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE CATALUÑA

Miguel Ángel Cabellos Espiérrez*

1. El punto de partida: la Sentencia 247/2007

Estas breves páginas tienen por objeto comentar el tratamiento que la STC 31/2010 hace de los derechos estatutarios, exceptuando los relativos a la lengua, que son estudiados específicamente en otro lugar de este número especial. Como es lógico, la limitación de espacio solo permitirá tratar algunas cuestiones que parecen de especial relieve, de entre las muchas que podrían traerse a colación. En particular, nos centraremos en las diferencias de enfoque entre la STC 247/2007 y la 31/2010 por lo que se refiere a la naturaleza de los derechos estatutarios.

La primera constatación que debe hacerse es que se aprecia una evolución en esta Sentencia respecto de la 247/2007, relativa al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana. Una evolución que, sin ser radical o suponer un abandono de todo lo dicho en ésta, sí que es cierto que prescinde de algunos de los aspectos más discutibles de la misma, aclara otros y, en definitiva, permite enfocar de cara al futuro la cuestión de la naturaleza y funciones de los derechos estatutarios de un modo más claro.

La STC 247/2007, recibida en este punto con cierta perplejidad por la doctrina, trazó, más allá de los casos en los que la Constitución permite a los Estatutos incidir en la configuración de algún derecho reconocido por ella, una distinción entre derechos ligados a la regulación estatutaria de las instituciones propias y derechos ligados a competencias. Los primeros serían derechos subjetivos perfectos; los segundos, meros mandatos al legislador que no tendrían de derecho más que el nombre:

«Son los estatutos, precisamente, la concreta fuente constitucionalmente prevista para dotar de sentido y alcance la institución de que se trate [...]. De este modo, dichas regulaciones estatutarias, llamadas constitucionalmente a produ-

* Miguel Ángel Cabellos Espiérrez, profesor titular de derecho constitucional de la Universidad de Girona. Este trabajo se inserta en el proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, con referencia DER 2010-15778, sobre «Los cambios en la relación entre Poder Judicial y Comunidades Autónomas: perspectivas de interpretación a la luz del Derecho comparado».

cir una vinculación directa de los poderes públicos de la Comunidad, pueden generar también verdaderos derechos subjetivos. [...] Sin embargo, estos criterios no pueden ser predicables en la misma medida del contenido estatutario destinado a la atribución de competencias a favor de las CCAA» (FJ 15).

En efecto: el Estatuto puede, dice el Tribunal, al atribuir las competencias a los poderes públicos autonómicos, imponerles «de modo directo, criterios o directrices para su ejercicio» o hacer esto mismo de modo indirecto, «mediante la formalización de enunciados o declaraciones de derechos a favor de los particulares». En ambos casos nos hallaremos ante mandatos al legislador, cuya eficacia solo llegará cuando se produzca el «ejercicio por el legislador autonómico de la competencia normativa que le es propia, de manera que el principio o derecho enunciado carecerá de justiciabilidad directa hasta que se concrete, efectivamente, su régimen jurídico, pues sólo entonces se configurarán los consiguientes derechos subjetivos de los ciudadanos». Y concluye el Tribunal:

«Por tanto, en el ámbito de lo dispuesto por el art. 147.2.d CE, los estatutos de autonomía no pueden establecer por sí mismos derechos subjetivos en sentido estricto, sino directrices, objetivos o mandatos a los poderes públicos autonómicos. Por ello, cualquiera que sea la literalidad con la que se expresen en los estatutos, tales prescripciones estatutarias han de entenderse, en puridad, como mandatos a los poderes públicos autonómicos, que, aunque les vinculen, sólo pueden tener la eficacia antes señalada» (FJ 15).

Por una parte, no se sabe (porque el Tribunal no lo explica ni lo argumenta) qué es lo que hace que la vinculación de un derecho con una competencia le prive de inmediato de ese carácter de derecho, que en cambio concurre automáticamente cuando la vinculación se establece con la regulación de una institución. Por otra, en todos los casos en que el *derecho* se ve reducido a la condición de principio, toda su activación como derecho se deja en manos del legislador autonómico posterior. No se contempla la posibilidad de que, por más que necesitado del concurso de este para acabar de perfilar su contenido y el modo como podrá ejercerse, el derecho sea ya tal en el propio estatuto, y pueda presentar ya un contenido mínimo protegible (véase sobre la cuestión de los derechos necesitados de la interposición del legislador, y de su virtualidad en tanto ésta no se produzca, la STC 15/1982, FFJJ 7 y 8). Frente a esto, debe afirmarse que la necesaria intervención del legislador ordinario no tiene por qué privar siempre de todo contenido normativo a un derecho, rebajándolo a mera directriz. La doctri-

na ha hablado de los derechos estatutarios como derechos públicos subjetivos y de cómo el estatuto pretende en unos casos colaborar al reconocimiento de derechos constitucionalmente reconocidos, en otros elevar principios rectores constitucionales a la categoría de derechos públicos estatutarios, y en otros crear nuevos derechos (Aparicio/Barceló). Y especialmente de cómo en muchos casos:

«Se especifican con absoluta claridad todos los elementos propios del derecho (su titular, su contenido, su objeto y el sujeto pasivo u obligado) que, de esta forma, se hace exigible jurisdiccionalmente de acuerdo con el artículo 53.3 CE (y con el propio Estatuto) y sin que, en absoluto, su cumplimiento quede sometido a condición suspensiva alguna. Y allí donde se produce una remisión al posterior desarrollo legislativo autonómico del derecho en cuestión en la mayoría de los casos no se genera un aplazamiento de vigencia sino un aplazamiento de especificación de contenido» (ídem).

En el mismo sentido, De la Quadra Salcedo Janini ha enumerado qué derechos en los estatutos permitirían ser directamente exigibles dada su naturaleza de derecho subjetivo, y sin necesidad de intervención posterior del legislador, y cuáles, en tanto no se produzca ésta (que servirá, en palabras del propio autor, para regular el derecho en condiciones de plena aplicabilidad y eficacia, no para reconocerlo como tal derecho, en la línea de la doctrina establecida en la citada STC 15/1982) pueden ser garantizados por los tribunales en su contenido mínimo. Y hablamos en ambos casos de derechos ligados a competencias, no a instituciones.

Para la Sentencia de 2007, como se ve, nada de esto sería posible: solo se contemplan dos extremos, el derecho subjetivo perfecto y la mera directriz (y en ningún caso derecho), de modo que todo derecho, cuando esté ligado a una competencia, no nacerá hasta que lo haga nacer el legislador ordinario, y hasta ese momento no será otra cosa que una mera directriz o mandato orientado a los poderes públicos, pero en ningún caso, en realidad, un derecho.

2. Una cierta reformulación en la Sentencia 31/2010

La Sentencia de 2010, como se ha dicho, se va a pronunciar en términos menos radicales. En primer lugar, va a abandonar el binomio derechos ligados a instituciones / derechos ligados a competencias, cuya función de fundamento a la operación de conversión de los derechos estatutarios en principios carecía de

toda base, hasta tal punto que el Tribunal no aportaba explicación alguna en torno a la misma, exigiendo de sus destinatarios poco menos que un acto de fe en su existencia.

En segundo lugar, el Tribunal no se va a oponer a reconocer la condición de derechos a aquellos cuya plena eficacia dependa de la posterior intervención del legislador autonómico. No se impone ya, por tanto, la *reducción a principios* de toda una categoría de derechos (los ligados a competencias). La doctrina del Tribunal en 2010 es, pues, mucho más prudente, y evita los saltos en el vacío que daba la de 2007.

Luego de distinguir entre derechos fundamentales, contenidos en la Constitución y que vinculan a todos los legisladores, y derechos reconocidos en los estatutos, explica cuáles serían estos, lo que como veremos después es relevante:

«Los derechos reconocidos en estatutos de autonomía han de ser, por tanto, cosa distinta [respecto de los derechos fundamentales]. Concretamente, derechos que solo vinculen al legislador autonómico [...] y derechos, además, materialmente vinculados al ámbito competencial propio de la Comunidad Autónoma» (FJ 16).

Enunciada la categoría, dentro de ella el Tribunal efectuará distinciones, pero siempre, debe insistirse, dentro de la categoría de derecho estatutario y bajo las citadas características:

«Bajo la misma categoría *derecho* pueden comprenderse realidades normativas muy distintas, y será a éstas a las que haya de atenderse, más allá del puro *nomen*, para concluir si su inclusión en un estatuto es o no constitucionalmente posible. En efecto, ya en la propia Constitución bajo el término *derecho* se comprenden tanto verdaderos derechos subjetivos como cláusulas de legitimación para el desarrollo de determinadas opciones legislativas, si bien en ambos casos se trata siempre, al cabo, de mandatos dirigidos al legislador, bien imponiéndole un hacer o una omisión que se erigen en objeto de una pretensión subjetiva exigible ante los tribunales de justicia; bien obligándole a la persecución de un resultado sin prescribirle específicamente los medios para alcanzarlo y sin hacer de esa obligación el contenido de ningún derecho subjetivo, que sólo nacerá, en su caso, de las normas dictadas para cumplir con ella [...]. En el nuevo Estatuto catalán se prodiga sobre todo, según veremos, sin que falten proclamaciones de derechos subjetivos *stricto sensu*, el se-

gundo tipo de derechos, es decir, mandatos de actuación a los poderes públicos, ya estén expresamente denominados como *principios rectores*, ya estén enunciados literalmente como derechos que el legislador autonómico ha de hacer realidad y los demás poderes públicos autonómicos respetar [...]. Este tipo de derechos estatutarios, que no son derechos subjetivos sino mandatos a los poderes públicos (STC 247/2007, FFJJ 13 a 15), operan técnicamente como pautas (prescriptivas o directivas, según los casos) para el ejercicio de las competencias autonómicas» (FJ 16).

En el estatuto habría, pues, dos tipos de derechos: por una parte, los derechos subjetivos *stricto sensu*, exigibles ante los tribunales, y por otra parte aquellos derechos cuya inmediata virtualidad sería la de operar como mandatos hacia los poderes públicos (como también ocurre en el caso de los primeros) pero sin que en este caso se generase desde el inicio «una pretensión subjetiva exigible ante los tribunales de justicia». Pero lo relevante es que en ambos casos estamos hablando de derechos, que, como se acaba de decir, «solo vincul[a]n al legislador autonómico [...] y derechos, además, materialmente vinculados al ámbito competencial propio de la Comunidad Autónoma».

Por tanto, aunque después, al hablar de los derechos que se configuran únicamente como mandatos se aluda a que están vinculados a competencias, ello no excluye que haya derechos estatutarios con carácter de derecho subjetivo igualmente vinculados con competencias. Acabamos de ver cómo el propio Tribunal ha comenzado por decir que los derechos estatutarios son por definición derechos «materialmente vinculados al ámbito competencial propio de la Comunidad Autónoma».

De este modo se rompería la injustificada regla, enunciada sin argumentación en la Sentencia de 2007, según la cual todo derecho ligado a una competencia sería reducido *ipso facto* a la categoría de mero principio, mientras que solo serían auténticos derechos los ligados a instituciones (como si, por otra parte, la propia Constitución en su art. 148.1.1 no previera como una de las competencias de las Comunidades Autónomas, que los estatutos asumen y ejercitan, la organización de sus propias instituciones de autogobierno, de manera que, al fin y al cabo, no hay ningún derecho estatutario, ni siquiera los «vinculados a instituciones» que no acabe estando ligado a una competencia autonómica).

Con la Sentencia de 2010, no solo sería argumentable que haya derechos ligados a competencias que sean auténticos derechos subjetivos, sino que además aquellos otros que por el momento solo generen mandatos seguirán siendo

considerados derechos, por más que de naturaleza algo diferente a la de los anteriores. Y, netamente diferenciados de las anteriores categorías, se ubicarían los principios rectores («cuyo régimen jurídico difiere del de los derechos», FJ 28). Si todo ello es así, la reformulación realizada por el Tribunal de su jurisprudencia de 2007 supone un esfuerzo de racionalización de la anterior jurisprudencia que debe ser valorado, por más que, al analizar después los concretos derechos estatutarios impugnados, el Tribunal se mueva en unos parámetros más bien restrictivos.

3. Las garantías jurisdiccionales: ¿un retroceso en la jurisprudencia sobre el art. 149.1.6 CE?

En este repaso telegráfico, sobre este aspecto deben decirse dos cosas. La primera, que de nuevo vuelve el Tribunal a su concepción, parecía que superada en la STC 47/2004, sobre la necesidad de que sea “inevitable” la introducción de especialidades procesales en la normativa autonómica para que aquellas sean aceptables. Curiosamente el TC cita un párrafo de la STC 47/2004 donde ésta aludía a la exigencia en Sentencias anteriores de la mencionada inevitabilidad, pero prescinde del hecho fundamental de que no es éste el criterio que hacía finalmente suyo la Sentencia de 2004, que, por contra, lo que acababa pidiendo era que:

«entre las peculiaridades del ordenamiento sustantivo de Galicia [pues se estaba enjuiciando la ley gallega 11/1993, sobre el recurso de casación en materia de Derecho Civil propio, ley que introducía determinadas especialidades en el procedimiento jurisdiccional mencionado] y las singularidades procesales incorporadas por el legislador gallego en la ley impugnada, exist[a] una conexión directa tal que justifique las especialidades procesales, es decir, que las legitime como “necesarias” en los términos de la cláusula competencial del art. 149.1.6 CE, teniendo presente que la necesidad a que esta se refiere no puede ser entendida como absoluta, pues tal intelección del precepto constitucional dejaría vacía de contenido y aplicación la habilitación competencial que este reconoce en favor de las Comunidades Autónomas» (FJ 5).

La STC 31/2010, al volver a la noción de inevitabilidad, supone en consecuencia un paso atrás sobre esta doctrina, lo que por otra parte no sorprende pues ya había sucedido en la STC 135/2006, relativa a la ley catalana de asocia-

ciones de 1997, en la que también se citaba la STC 47/2004 de modo parcial, para hacerle decir lo que en realidad no decía. Se pasa, pues, de la conexión directa y de la necesidad entendida en sentido no absoluto (STC 47/2004) a la noción de inevitabilidad propia de la jurisprudencia tradicional (véase por todas la STC 83/1986, FJ 4).

En segundo lugar, y partiendo de lo anterior, el Tribunal subraya que en la remisión a las leyes que hace el art. 38.2 EAC («de acuerdo con los procedimientos establecidos en las leyes»), cuando el precepto habla del recurso ante el TSJ en caso de vulneración de derechos, debe entenderse que tales leyes «obviamente solo pueden ser las del Estado». Y es que con la tesis de la inevitabilidad (solo se admitirán las especialidades procesales que resulten inevitables) toda especialidad procesal autonómica devendrá en la práctica imposible, pues nunca llegará a darse una inevitabilidad en sentido absoluto. De ahí que el Tribunal concluya que la normativa procesal a que el art.38.2 alude será «obviamente» la del Estado. Con aquel punto de partida y esta consecuencia, desde luego la previsión del art. 149.1.6 CE en lo relativo a las posibles competencias autonómicas en materia procesal desaparece por completo.

DERECHOS Y GARANTÍAS JURISDICCIONALES

Marc Carrillo López*

1. Consideraciones generales

El título I («Derechos, deberes y principios rectores») ha pasado el filtro del control de constitucionalidad de la STC 31/2010, de 28 de junio, conservando la integridad de sus prescripciones, y por lo tanto, han sido desestimadas las pretensiones de los diputados recurrentes. Dejando de lado en este comentario los artículos 33.5, 34, 35.1 y 2 y 50.5, relativos a los derechos lingüísticos, que se analizan en el apartado 6 de este número especial de la RCDP, el Tribunal ha adoptado para el resto una resolución de carácter desestimatorio de las pretensiones de los diputados recurrentes. Aun así, la argumentación que ha utilizado sobre la incorporación en el Estatuto de un título sobre derechos y sus garantías, y las consideraciones hechas sobre los que han sido objeto específico del recurso (art. 15, 20, 21.1 y 2, 37, 38, 40.4 y 5, 41.5 y 52), obligan a un breve análisis (FFJJ 16 a 20 y FFJJ 26 a 29).

Sobre la legitimidad constitucional de una declaración de derechos y principios rectores incorporada a los Estatutos de Autonomía, no ha sido esta la primera vez que el Tribunal se ha pronunciado. Como es bien conocido, ya lo hizo hace tres años en la STC 247/2007 (FFJJ 13-15), con motivo del recurso contra la reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana. En aquella ocasión interpretó sobre la reserva de estatuto que su contenido constitucionalmente lícito no queda limitado por las prescripciones del artículo 147.2 CE, razón por la cual no hay impedimento para que el estatuto, como norma institucional básica de la Comunidad Autónoma, prevea derechos de ámbito estatutario. Ahora bien, después de introducir una singular distinción entre «derechos institucionales» y «derechos competencias», el Tribunal precisó que, fuera cual fuera la denominación utilizada por los estatutos, los llamados derechos estatutarios no son en realidad derechos subjetivos sino simples mandatos a los poderes públicos autonómicos. Ahora, con motivo de la STC 31/2010 (FJ 16), mantiene que los derechos estatutarios –a los cuales se refiere con esta denominación– no son derechos subjetivos sino mandatos a los poderes públi-

* Marc Carrillo López, catedrático de derecho constitucional de la Universidad Pompeu Fabra.

cos, pero parece abandonar la controvertida distinción –porque no hace ninguna referencia a ello– entre los que quedan vinculados a los funcionamientos de las instituciones y los que lo están al ejercicio específico de competencias.

El Tribunal reconoce que los derechos previstos en el Estatuto son un tipo de derechos a los cuales denomina estatutarios –diferentes de los derechos fundamentales–, que no son derechos subjetivos sino mandatos al legislador, para diferenciarlos de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución en tanto que garantía de la libertad y la igualdad y que vinculan a todos los legisladores del Estado (las Cortes Generales y las asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas), mientras que los derechos estatutarios son derechos que solamente vinculan al legislador autonómico, como así establece el artículo 37.1 EAC («Los derechos reconocidos por los capítulos I, II y III del presente título vinculan a todos los poderes públicos de Cataluña»). Asimismo, los estatutarios son derechos materialmente vinculados al ámbito competencial propio de la comunidad autónoma; es decir, son las competencias reconocidas en el Estatuto las que delimitan el ámbito en que los derechos estatutarios pueden operar.

El Tribunal insiste, sin embargo, en interpretar que dichos derechos estatutarios son solamente mandatos dirigidos a los poderes públicos. Y ciertamente, no hay duda que en una parte del título I del Estatuto, como es la relativa al capítulo V, que reconoce los *principios rectores*, estos últimos se configuran de esta manera, pero también lo es que en la otra parte (capítulos I a III) se refiere expresamente a derechos, aunque la remisión a la ley también sea una previsión habitual. Pero en todo caso según el Tribunal, estos derechos subjetivos, en tanto que exigibles ante los órganos judiciales, no lo son porque el Estatuto los califique como derechos, sino que solamente lo podrán ser cuando el legislador autonómico intervenga mediante la ley, y siempre que esta actúe en el ámbito de sus competencias.

El Tribunal subraya que la función de desarrollo de los derechos fundamentales no corresponde a los estatutos de autonomía, por razones que tienen que ver con su condición de norma institucional básica y con su vigencia territorial limitada. Si conviene –añade– lo podrá hacer «el legislador autonómico, en tanto que legislador ordinario y de acuerdo con el reparto constitucional de competencias, pero no el legislador orgánico estatuyente» (FJ 16). En este sentido, según el criterio del Tribunal no existe ninguna contradicción en que lo que puede hacer el legislador ordinario le sea impedido al legislador estatutario, porque –afirma– «en realidad, no es que pueda hacerse más por ley autonómica; es que se hace cosa distinta, como corresponde en el juego de normas ordenadas con arreglo al criterio de competencia» (FJ 17).

Sin embargo, esta interpretación sobre la legitimidad constitucional de la previsión estatutaria de un título sobre derechos, deberes y principios, ofrece algunos puntos débiles. En primer lugar, no es tan evidente que los derechos estatutarios sean siempre diferentes de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Así, cuando el Estatuto reconoce derechos y deberes en el ámbito de la educación (art. 21), parece que lo que está haciendo es desarrollar un derecho fundamental (art. 27 CE) en el ámbito de las competencias de la Generalitat sobre educación y, por lo tanto, con un perfil específico (por ejemplo, con la referencia a la enseñanza laica en la escuela pública). En segundo lugar, tampoco es tan evidente que el legislador estatutario –siempre en el ámbito competencial que le es propio– no pueda prefigurar el contenido de aquellos derechos que acoge, con mayor o menor precisión, de tal manera que así el legislador autonómico pueda disponer de un parámetro normativo de referencia al que esté vinculado. Ciertamente, no se trata de desconocer que el alcance normativo del legislador estatutario y del legislador ordinario autonómico son y tienen que ser diferentes, pero lo que resulta paradójico es que se argumente –como hace el Tribunal– que lo que hacen los dos legisladores «sea cosa distinta», sobre todo si no se concreta en qué consiste lo que los dos hacen diferente en términos funcionales. Con lo cual la paradoja permanece no resuelta, de tal manera que conduce a una conclusión inevitable en este ámbito de la posición del Estatuto en el sistema jurídico: la degradación del valor normativo del Estatuto ante el propio legislador autonómico.

2. Los derechos en el Estatuto: los derechos de las personas (art. 15), el derecho a vivir con dignidad el proceso de la muerte (art. 20) y los derechos en el ámbito de la educación (art. 21.1 y 2)

Ninguno de estos preceptos ha sido objeto de reproche de inconstitucionalidad ni tampoco de resoluciones interpretativas. Sin embargo, el Tribunal ha introducido una serie de consideraciones que de forma muy sintética incitan a la reflexión jurídica.

2.1. Los derechos de las personas (art. 15)

Este precepto y el resto se tienen que poner en relación con el artículo 37.4 del Estatuto, del cual se deduce que éste no ha creado nuevos derechos fundamen-

tales diferentes de los proclamados por la Constitución, ni tampoco ha podido afectar el régimen jurídico de los derechos por lo que se refiere a su titularidad, regulación y condiciones de ejercicio. Asimismo, los derechos reconocidos en el Estatuto solamente pueden vincular a los poderes públicos catalanes y tener como titulares a los ciudadanos de Cataluña. Sin perjuicio de que, conforme a lo que prevé el artículo 15.3, la titularidad pueda abarcar a otras personas. Pero esta circunstancia se tendrá que producir en los términos que establezcan las leyes, lo que remite a las leyes competentes y, eventualmente, también a las leyes del Estado.

2.2. El derecho a vivir con dignidad el proceso de la muerte (art. 20)

Con el fin de poner de relieve que en este caso el Estatuto no ha creado un nuevo derecho, el Tribunal se esfuerza en argumentar que, ciertamente, la proclamación de un derecho al tratamiento del dolor y a los cuidados paliativos forma parte del derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15 CE), lo cual es una conclusión lógica. Pero no es irrelevante ni es un precepto inocuo que el legislador —en este caso el estatutario— haya decidido dar sustantividad propia a los tratamientos que tienen que recibir las personas en la fase terminal de su vida, incorporándolos en el capítulo de los derechos del ámbito civil y social, del Estatuto. Es un mandato explícito al legislador que predetermina el ejercicio de derechos subjetivos de libertad y las consiguientes obligaciones sobre el personal sanitario, que el legislador competente tendrá que concretar. Y es en este ámbito de la gestión sanitaria, en el cual están presentes derechos fundamentales de las personas, donde el legislador estatal tendrá que situarse, para incorporar en su legislación sobre la materia los deberes que corresponden al personal sanitario, con el fin de garantizar el cumplimiento de las últimas voluntades del paciente.

2.3. Los derechos en el ámbito de la educación (art. 21.1 y 2)

Seguramente, el único tema de los dos apartados de este precepto que podía suscitar controversia era el referido al carácter laico que el Estatuto prescribe que tiene que tener la enseñanza en la escuela pública (art. 21.1). El Tribunal resuelve de forma breve los reproches de inconstitucionalidad presentados por el recurso, argumentando que dicha referencia «sólo significa, como se deduce de su

tenor literal, que la enseñanza pública no es institucionalmente una enseñanza confiada a las confesiones religiosas, sin perjuicio del derecho de las madres y los padres a que sus hijos e hijas reciban formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones en las escuelas de titularidad pública». Además, añade que «la expresa referencia al art. 37.4 EAC incluida en el art. 21.2 EAC disipa definitivamente cualquier riesgo de interpretación sesgada [...] de forma que reduzca o limite los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución» (FJ 20).

Pero la cuestión de la enseñanza laica no era ni es de orden menor. En este sentido, el Tribunal ha perdido una buena oportunidad –en este y en muchos casos más de esta sentencia– para llevar a cabo una interpretación más ambiciosa sobre el alcance de los preceptos constitucionales, a raíz de la modificación del bloque de la constitucionalidad operada por la reforma estatutaria catalana. Porque hay que subrayar que la Constitución no hace ninguna referencia a la palabra *laico* o al laicismo en su texto, ya sea al referirse a los principios que informan la organización política del Estado (título preliminar), o cuando reconoce la libertad religiosa (art. 16.1 CE) o el derecho a la enseñanza (art. 27 CE). Pero sí que se establece que ninguna confesión tendrá carácter estatal (art. 16.3 CE). Probablemente no habría sobrado que el Tribunal se pronunciara, por ejemplo, sobre si la enseñanza laica no solo significa –como únicamente dice– que la enseñanza pública no está confiada a las confesiones religiosas, sino si también es o comporta una forma de enseñanza que excluya en todo tipo de materias el hecho religioso o su enfoque se vea impregnado por convicciones religiosas. Especialmente, en un contexto educativo como el español, en que una buena parte del presupuesto público en materia de enseñanza está dirigido a la escuela concertada (de titularidad privada, muy a menudo religiosa, pero financiada con dinero público). Por este motivo, el artículo 22.2 del Estatuto era un buen reto, que el Tribunal ha evitado.

3. Las garantías jurisdiccionales de los derechos: el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (art. 38.2)

Es evidente que el legislador catalán no dispone por sí mismo de competencias para ordenar un sistema de garantías jurisdiccionales de los derechos estatutarios. Por eso, el Tribunal hace constar que la literalidad del artículo 38.2 «pudiera no compadecerse [...] con la atribución al Estado por el art. 149.1.6 CE de la competencia exclusiva en materia de legislación procesal» (FJ 27). Sin embargo,

éste no es el caso, dado que aquello que prevé el precepto estatutario es una remisión a la ley a fin de que los actos que vulneren los derechos estatutarios sean objeto de un recurso ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, sin que en ningún caso predetermine el procedimiento a seguir. Y esta ley, obviamente, ha de ser una ley estatal.

Sobre este particular, el Tribunal interpreta que «como quiera que el art. 38.2 EAC no se refiere específicamente a un concreto recurso del que conozca un concreto tribunal, sino que califica en determinados actos como “objeto del recurso” ante el Tribunal Superior de Justicia, ha de entenderse que no implica la introducción de “innovaciones procesales” ni supone una alteración “de las reglas procesales comúnmente aplicables”» (FJ 27).

4. Los principios rectores: la perspectiva de género (art. 41.1) y los medios de comunicación social (art. 52)

Finalmente, respecto de estos dos preceptos que fueron objeto del recurso, en el que se invocaba como reproche de inconstitucionalidad el exceso en la reserva estatutaria, el Tribunal rechaza esta genérica pretensión, argumentando en los dos supuestos que se trata de un mandato dirigido a los poderes públicos de la Generalitat, que, en el marco de sus competencias, resultan vinculados por estos principios rectores (FFJJ 28 y 29).

DERECHOS Y GARANTÍAS

Enriqueta Expósito*

Se coincide en afirmar que la declaración de derechos contenida en el título I del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC, en adelante) es el conjunto de disposiciones menos «afectado» y el que, a primera vista, ha resultado ileso del filtro al que el Tribunal ha sometido el Estatuto catalán en la STC 31/2010, de 20 de junio, a petición del Partido Popular. Sin embargo, una lectura más detenida de este pronunciamiento –dejando aparte los votos particulares que lo acompañan– plantea muchos y muy sugerentes temas y el estudio de sus consecuencias jurídicas exigiría un análisis más detallado y profundo del que se propone en las siguientes líneas. Por esta razón, sólo apuntaré algunas consideraciones sobre las cuestiones que, a mi juicio, presentan mayor interés, omitiendo expresamente los derechos lingüísticos –objeto de otro trabajo de este monográfico de la *Revista*.

De entrada, estamos ante una *resolución de continuidad* de lo que el Tribunal Constitucional manifestara en la STC 247/2007, de 12 de diciembre, relativa al Estatuto de la Comunidad Valenciana. Por esta razón, puedo adelantar que la STC 31/2010 no constituye un pronunciamiento innovador en el tema tratado, sino más bien restrictivo y que, en ocasiones, se advierte en él una excesiva preocupación por proteger las facultades del Estado en relación con su actuación.

Como ya hiciera en la STC 247/2007, el Tribunal Constitucional admite la idoneidad de los estatutos de autonomía para acoger cartas de derechos. Las declaraciones de derechos son, por tanto, uno de los contenidos posibles de los nuevos estatutos de autonomía, en el bien entendido de que, bajo ningún concepto, estos títulos estatutarios contengan derechos fundamentales (FJ 16 de la STC 31/2010) y siempre y cuando se cumplan dos exigencias: su conexión a las competencias autonómicas y el respeto a los derechos fundamentales proclamados en la Constitución y en otras normas internacionales en la materia suscritas por el Estado español. Ambas son afirmaciones que, sinceramente, no se acierta a adivinar la razón por la que son enfatizadas cuando hasta el mismo Tribunal reconoce que son prescripciones exigidas por el art. 37 del EAC.

* Enriqueta Expósito, profesora titular de derecho constitucional de la Universidad de Barcelona. Este comentario se inserta en las actividades del proyecto de investigación «Estado autonómico y democracia: los derechos de participación en los Estatutos de Autonomía» (MCI, DER 2009-12921).

En relación con los derechos fundamentales, el Tribunal, además, advierte que el Estatuto ni puede desarrollarlos ni puede regularlos. Una y otra acción son competencias de distintas normas: el desarrollo, de las leyes orgánicas específicas (pero no las que aprueban los estatutos de autonomía); y la regulación, del legislador ordinario, ya sea el estatal o los autonómicos en función del reparto constitucional de competencias. En este último supuesto se admite «sin que haya paradoja alguna» que «por ley autonómica (ley ordinaria) pueda hacerse lo que no cabe en el Estatuto» aludiendo a una relación basada estrictamente en el principio de competencia (FJ 17).

Más allá del desconcierto que me plantea definir en términos de competencia las relaciones entre una ley autonómica y un estatuto, cuando se trata de regular derechos, me pregunto: ¿qué sentido tiene la enmarañada argumentación que se utiliza para negar la posibilidad de que el Estatuto desarrolle o regule derechos en el citado FJ 17? Imagino que una vez que el propio Tribunal ha admitido que el Estatuto como «norma primera de un sistema normativo autónomo, tiene su ámbito más propio en el terreno de la generalidad, la abstracción y los principios» —notas que también se predicán de la Constitución—, lo que a mi juicio ha pretendido es resaltar, en relación con este contenido, la doctrina que, sobre la naturaleza y función de los estatutos, ha mantenido principalmente en los FJ 3 a 6.

Asentado lo anterior, los tres principales interrogantes que me plantea la Sentencia son los siguientes.

1. ¿Qué derechos pueden ser acogidos en el Estatuto?

No es esta una cuestión sobre la que el Tribunal se haya pronunciado, al menos de forma expresa.¹ En la excesiva preocupación por distinguir los derechos fundamentales de estos derechos estatutarios, el Tribunal acaba por aceptar que el Estatuto pueda reiterar los primeros limitándose a «hacer lo que ya se ha hecho en la Constitución» (FJ 17).² Esta argumentación le ha llevado a admitir la constitucionalidad de los derechos enunciados en los arts. 15.2 del EAC (FJ 18) y 21 del EAC (FJ 20). Pero incluso cuando el EAC no se limita a repetir el derecho

1. Recordemos que en la STC 247/2007 el Tribunal trató con mayor detalle el tema de los derechos estatutarios llegando a realizar una tipología de los mismos: derechos lingüísticos, derechos que se deducían de las facultades de organización autonómica propia y derechos que se conectaban con las competencias autonómicas. [FJ 15.b y c].

2. En el mismo sentido, véase FJ 15.d de la STC 247/2007, en el que, sin embargo, el Tribunal llega a reconocer que como ya había advertido en su jurisprudencia anterior, no es una técnica muy correcta el transcribir en leyes los preceptos constitucionales.

constitucional, el Tribunal también lo ha aprobado, entendiendo que el derecho proclamado en el Estatuto constituye en su literalidad una facultad implícita en el derecho fundamental al cual se conecta –art. 20 EAC (FJ 19)– o interpretando el enunciado estatutario para situarlo en la esfera del derecho fundamental de que se trate –art. 21.2 del EAC (FJ 20)–. Por lo demás, de las condiciones a que se somete la constitucionalidad de este nuevo título estatutario, debe deducirse que se podrían acoger nuevos derechos vinculados al ámbito de las competencias asignadas a Cataluña, así como otros derechos que puedan aparecer como concreción de otros derechos constitucionales que no tengan la condición de derechos fundamentales.

A mi juicio, en este tema el Tribunal se ha mostrado excesivamente cauteloso y movido por un afán de prevenir eventuales infracciones del principio de igualdad, al cual, por cierto, solo alude cuando rechaza la posibilidad de que la ley orgánica que aprueba el Estatuto pueda ser norma idónea para desarrollar derechos fundamentales en el FJ 17. Si es la propia Constitución la que permite a las comunidades autónomas, a partir de sus propios estatutos, asumir competencias en ámbitos materiales relativos a derechos constitucionales –derechos sobre los que han incidido todos los legisladores autonómicos, sin que por ello se haya entendido quebrantada la igualdad del art. 139 de la CE–, ¿por qué ese mismo Estatuto que acoge la competencia –en términos objetivos– no puede formular derechos a favor de los ciudadanos que al conferirles una serie de facultades, ordenen y sometan, en ese mismo ámbito competencial, el ejercicio de ese poder político?

2. ¿Son estos derechos estatutarios verdaderos derechos subjetivos?

El Tribunal no niega su existencia, pero tampoco los identifica ni los califica.³ No le falta razón, sin embargo, al hacer un especial hincapié en enfatizar que cuando el Estatuto se refiere a *derechos* no siempre se ajusta a lo que entendemos como tales, sino que «puede comprender realidades normativas muy distintas», en especial, mandatos a los poderes públicos (FJ 16), que son los que más abundan en el título I. De lo anterior el Tribunal infiere, como ya pusiera de manifiesto en la

3. En la STC 247/2007, dejando a salvo los derechos que se derivaban de las facultades organizativas de la propia comunidad autónoma negaba la posibilidad de que los estatutos pudieran crear derechos subjetivos: «[...] en el ámbito de lo dispuesto por el art. 147.2.d de la CE, los estatutos de autonomía no pueden establecer por sí mismos derechos subjetivos en sentido estricto, sino directrices, objetivos o mandatos a los poderes públicos autonómicos. Por ello, cualquiera que sea la literalidad con la que se expresen [...] tales prescripciones estatutarias han de entenderse, en puridad, como mandatos a los poderes públicos autonómicos» (FJ 15.c).

STC 247/2007, que su plena eficacia requerirá del legislador autonómico del ejercicio de las competencias normativas que le son propias «pues solo entonces se configurarán los consiguientes derechos subjetivos de los ciudadanos» (FJ 15.c). Aún siendo cierto que uno de los principales déficits de muchas de las disposiciones del título I del EAC es la identificación de derechos, la remisión al legislador que se realizan en los mismos no debiera implicar la negación de la condición de derecho a las prescripciones contenidas en sus enunciados.

Por otra parte, en la Sentencia puede apreciarse cómo el Tribunal rehúye entrar a examinar la vertiente subjetiva de los derechos estatutarios sometidos a su enjuiciamiento. Solo entra a valorarla para negar o rechazar explícitamente algunas facultades que para el titular de ese posible derecho pudieran derivarse. Por ejemplo, cuando examina el art. 20 del EAC, el Tribunal identifica en la mayor parte de sus contenidos concreciones del derecho a la vida del art. 15 de la CE o del principio del art. 10.1 de la CE, negando explícitamente que de esta proclamación estatutaria se infiera un hipotético derecho a la muerte asistida o a la eutanasia.

En otras ocasiones, la identificación implícita de un derecho subjetivo —y no un simple mandato— sirve para hacer depender su efectividad de una ley estatal. Así sucede en relación con «el derecho a dejar constancia de la voluntad para el caso de no poder manifestarla en el momento de recibir tratamiento médico» (art. 15 del EAC). El Tribunal, sin entrar a calificar si de este enunciado estatutario se deriva un derecho subjetivo, es contundente en negar que este enunciado pueda afectar al derecho fundamental a la vida, para seguidamente, referirse a la obligación que genera para el personal sanitario «en los términos que establecen las leyes». La constitucionalidad de este *nuevo* derecho se salva interpretando que esa remisión a las condiciones que exija el cumplimiento de este deber será las que fije el legislador estatal en el ejercicio de sus diversas competencias —entre las que se identifican las contenidas en los art. 81.1 y 149.1.1.6 de la CE— (FJ 19).

3. ¿Cuáles son las garantías que se les dispensan?

Son, en esencia, garantías normativas e institucionales. Y entre estas últimas cobra un papel predominante el Síndic de Greuges (art. 78 del EAC) y el Consejo de Garantías Estatutarias (art. 76 del EAC) —a pesar de que se ha anulado la capacidad de dictaminar de forma vinculante en todas aquellas iniciativas legislativas que afecten a los derechos (FJ 32), anulándose una función que recordaba bastante a la que el Tribunal Constitucional desempeña en la protección de los derechos.

Lo determinante, sin embargo, para la efectividad del derecho es el régimen de garantías jurisdiccionales. Y, en este sentido, la referencia a un recurso ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña contra los actos que vulneren los derechos estatutarios, «de acuerdo con los procedimientos que establezcan las leyes», ha sido declarado constitucional (FJ 27). El Tribunal ha entendido que la literalidad del precepto no introducía «innovaciones procesales» y tampoco «supone una alteración de “las reglas procesalmente aplicables”» en el sistema de protección de los derechos, concluyendo que, en todo caso, la remisión a las leyes que se realiza en el precepto impugnado, solo puede ser a las del Estado, el único competente a tenor de lo dispuesto en el art. 149.1.6 de la CE. Se mantiene, en todo caso, esa expectativa de tutela cuya efectividad va a depender de la voluntad del legislador estatal.

En definitiva, se acepta, en líneas generales, la constitucionalidad de la declaración de derechos estatutarios. Sin embargo, a partir de ahí se inicia un proceso argumentativo que aboca en una suerte de devaluación de esta parte del Estatuto. Implícitamente el Tribunal concibe la mayoría de las disposiciones del título I, incluso las que sí formulan derechos de una forma clara y concisa, como un conjunto de normas que más que atribuir a sus titulares facultades jurídicamente exigibles, quedan convertidas en meras directrices del ejercicio de las competencias por parte de los poderes públicos autonómicos en virtud de lo que disponen las leyes de desarrollo —muchas veces, las estatales— a la que gran parte de estos preceptos se remiten. Concepción que recuerda mucho al estatuto constitucional de los derechos contenidos en el capítulo III del título I de la CE. Y en el tema de su tutela, una vez que difiere su protección jurisdiccional al legislador estatal, la única garantía efectiva de que gozan estos derechos es su misma proclamación estatutaria unida a la claridad y concisión con la que estén formulados. Solo de esta manera, podrán vincular en todo su contenido y «ser tomadas en consideración por este Tribunal Constitucional cuando controle la adecuación de las normas autonómicas al correspondiente Estatuto» (así lo advertía el Tribunal en la STC 247/2007, FJ 15.c).

El Tribunal, como ya hizo en la Sentencia sobre el Estatuto de Valencia —en la que se mostró algo más prolijo en este tema— se muestra indeciso a la hora de abordar, en toda su extensión, el alcance y significado de estas declaraciones de derechos estatutarias por lo que habremos de esperar a ver cómo se resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Defensor del Pueblo en el que este título I del Estatuto catalán es uno de núcleos más relevantes de la impugnación. Mientras tanto, el panorama que se divisa desde la Sentencia 247/2007 no parece que vaya a reportar muchas sorpresas.

DERECHOS Y GARANTÍAS JURISDICCIONALES EN LA SENTENCIA 31/2010 SOBRE EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE CATALUÑA

Gerardo Pisarello Prados*

1.

La reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC) fue, junto a la del Estatuto andaluz, la más ambiciosa a la hora de establecer un sistema propio de derechos y garantías dentro del marco constitucional vigente. La STC 31/2010 ha acogido con reservas estas innovaciones: ha invalidado aspectos puntuales y ha trazado algunas líneas rojas en relación con eventuales interpretaciones derivadas de dicho reconocimiento. Al fundamentar su decisión, el Tribunal Constitucional (TC) ha dejado de lado algunos criterios reductivos utilizados en la Sentencia 247/2007 sobre la reforma del Estatuto valenciano (EAV). Pero ha mantenido, en todo caso, el tono restrictivo tanto en lo que se refiere a la caracterización jurídica de los derechos estatutarios como, señaladamente, al alcance de los mecanismos semijurisdiccionales y jurisdiccionales específicos previstos para su tutela.

2.

El grueso de las impugnaciones doctrinarias y de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la regulación de los derechos en el EAC partía de la convicción de que esta era una materia impropia de una norma cuya función esencial consistía en establecer el régimen institucional y las competencias de la comunidad autónoma. Al no ser el Estatuto una constitución, ni el Estado autonómico un estado federal, el establecimiento de un listado sistemático de derechos resultaría redundante o excesivo, sobre todo cuando con ello se afectarían derechos considerados fundamentales por la Constitución. El propio recurso planteado por el Partido Popular dirigía sus objeciones, más que al reconocimiento estatutario de derechos sociales y económicos en el ámbito de la comunidad autónoma, a la eventual regulación y afectación de derechos fundamentales constitucionales, comenzando por derechos como el de vivir con dignidad

* Gerardo Pisarello Prados, profesor titular de derecho constitucional de la Universidad de Barcelona.

la propia muerte o algunos específicos del ámbito educativo. Era aquí, sobre todo, donde según los recurrentes se ponía en entredicho la reserva de ley orgánica prevista para el desarrollo de dichos derechos (art. 81.1 CE), acotando en exceso las opciones políticas del legislador y afectando la igualdad entre los españoles en materia de derecho y deberes (art. 149.1.1 y 139.1 CE) con exclusión de todo privilegio social o económico (art. 138.2 CE).

3.

La primera ocasión que el TC tuvo de abordar estas cuestiones fue la Sentencia 247/2007, relacionada con el reconocimiento del *derecho al agua* en el EAV. Allí, contra la doctrina más escéptica, mantuvo que si bien las declaraciones de derechos no formaban parte del contenido necesario de los estatutos, podían sin embargo integrar su contenido legítimo. Ni el art. 149.1.1 CE, ni el art. 138.2 CE impedían, a priori, dicho reconocimiento, siempre que este estuviera vinculado a competencias atribuidas a la comunidad autónoma y autonómicas y que se salvaguardara la igualdad básica entre los españoles en el conjunto del territorio estatal (FJ 15, 16 y 17).

Más allá de estas consideraciones generales, las controversias suscitadas por la Sentencia giraban más bien en torno a las disquisiciones teóricas, casi doctrinarias, que el del TC realizaba a propósito del alcance de los derechos estatutarios. En ellas se planteaba la necesidad de distinguir al menos tres categorías de derechos: aquellos derivados directamente de una previsión constitucional, los vinculados a la regulación de instituciones propias y los ligados a competencias atribuidas a la comunidad autónoma. En los dos primeros casos, venía a sostener el TC, los estatutos podían reconocer derechos subjetivos dotados de eficacia jurídica plena y de exigibilidad jurisdiccional inmediata. Así ocurría, de hecho, con ciertos derechos lingüísticos o con los reconocidos a los parlamentarios autonómicos. En el caso de los derechos vinculados a competencias atribuidas a la comunidad autónoma, en cambio, el Estatuto podía imponer a los poderes públicos «criterios o directrices para su ejercicio» de manera directa, o hacer lo mismo de forma indirecta a través de «la formalización de enunciados o declaraciones de derechos a favor de los particulares». En ambos supuestos, sostenía el TC, debía descartarse, con independencia del *nomen* concreto utilizado por el Estatuto, que se estuviera ante auténticos derechos subjetivos. Dichas normas, aunque se refirieran explícitamente a derechos, no consagraban más que mandatos cuya plena eficacia quedaba supeditada a su ulterior desarrollo por parte del legislador.

Esta equiparación entre derechos ligados a la regulación institucional y dere-

chos subjetivos, y automática reducción de los derechos vinculados a competencias a simples directrices o mandatos sin eficacia jurídica directa fue recibida críticamente por la doctrina. Con ella, el TC parecía querer acometer una doble operación. Por un lado, salvar la constitucionalidad de aquellos derechos estatutarios que, amparados por razones competenciales, pudieran no sólo afectar cuestiones sociales y económicas sino reproducir o complementar derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos. Por otro, relativizar su eficacia práctica, reduciéndolos a priori a mandatos que, al quedar a disposición prácticamente absoluta del legislador, resultaban despojados de toda virtualidad jurídica inmediata.

En realidad, esta operación interpretativa, que volvería a aflorar con matices en la Sentencia 31/2010, venía a forzar en exceso la voluntad de un legislador constituyente que, de manera más o menos consciente, había pretendido consagrar como derechos realidades jurídicas que la interpretación constitucional dominante había reducido a simples principios (este era el caso evidente de los derechos estatutarios de tipo “social”, ligados a competencias relacionadas con los principios rectores del capítulo III del Título I de la CE). Por otro lado, comportaba la asunción de una tesis poco positivista y escasamente garantista que hace depender la existencia de un derecho, antes que de su consagración como tal en las normas estatutarias, de su mayor o menor indefinición, de su dependencia de una norma ulterior de desarrollo o de las dificultades que la exigencia jurisdiccional de algunos de sus contenidos pudiera plantear. Esta interpretación reductivista de lo que podía considerarse un *derecho* parecía desconocer algunos aspectos ya apuntados tanto por la doctrina como por el propio TC habían apuntado ya, bien que de manera difusa y no siempre consistente. Así, por ejemplo, que la mayoría de derechos, fundamentales o no, ligados a instituciones o ligados a competencias, presenta un cierto grado de indefinición que supedita su eficacia plena a su previa configuración legislativa (basta pensar en los derechos fundamentales a la *vida* o a la *libertad de expresión*, cuya amplia indeterminación no ha oscurecido en ningún caso su consideración como derechos, y menos como derechos fundamentales). O que nada impide identificar en todos ellos un contenido mínimo que no puede ser desnaturalizado o vaciado de contenido y que resulta protegible incluso en ausencia de ley de desarrollo. Este último extremo, admitido ya por el TC en su Sentencia 15/1982 sobre el derecho a la objeción de conciencia, podría aplicarse incluso al *derecho al agua* que la STC 24/2007 pretende reducir a simple mandato sin eficacia jurídica. Incluso en este supuesto, en efecto, no resultaría imposible pensar pretensiones subjetivas judicialmente exigibles, por ejemplo, en casos de interrupción injustificada o arbitraria de la provisión del servicio de agua o de acceso discriminatorio al mismo.

4.

La Sentencia 31/2010 ha llevado al TC a retomar algunas cuestiones ya analizadas en su decisión de 2007. Pero también lo ha obligado a abordar otras más complejas, ligadas a la sofisticada sistemática del EAC y a los propios recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra ella, referidos no solo al alcance y naturaleza de los derechos estatutarios, sino también a las específicas garantías previstas para su tutela.

Respecto del primer punto, la STC 31/2010 ratifica la pertinencia constitucional del reconocimiento estatutario de derechos, aunque lo hace, una vez más, bajo ciertas condiciones. Las principales serían: que se trate de derechos materialmente ligados a competencias de la comunidad autónoma, que vinculen solo al legislador autonómico y que no entrañen, en la línea de lo dispuesto por el artículo 37.4 EAC, un perjuicio o menoscabo de derechos fundamentales ya establecidos en la Constitución o en tratados y convenios internacionales ratificados por España. Según el TC, la observancia de estos requisitos proscibiría la creación estatutaria de derechos fundamentales distintos o en contradicción con los estipulados por la Constitución. Pero excluiría también –lo que es más relevante– la afectación del régimen de tales derechos «en lo que hace a su titularidad, regulación y condiciones de ejercicio» (FJ 16).

Respecto de los derechos propiamente estatutarios (que a diferencia de los fundamentales, solo resultarían vinculantes para el legislador autonómico) la STC 31/2010 continúa insistiendo en la necesidad de distinguir, más allá de la denominación concreta utilizada por el Estatuto, entre los que consagran derechos subjetivos *stricto sensu* y los que sencillamente estipulan mandatos al legislador. Con todo, introduce algunos matices

de interés en relación con la de 2007. Por un lado, desconecta dicha distinción del binomio derechos institucionales / derechos competenciales, admitiendo en principio la posible existencia en el EAC de derechos subjetivos también ligados a las competencias. Por otro lado, reconoce explícitamente que incluso los derechos estatutarios que entrañan mandatos son derechos, y que pueden operar como pautas jurídicas no solo directivas sino también prescriptivas para el ejercicio de las competencias autonómicas (FJ 16).

Esta relativa racionalización del estatuto general de los derechos en los estatutos no siempre se ha trasladado al análisis concreto de los derechos impugnados en los recursos de inconstitucionalidad. En algunos casos, de hecho, la STC 31/2010 salva su constitucionalidad al precio de su debilitamiento normativo y de su reconducción a cláusulas «meramente redundantes» (como en el

caso de los derechos del art. 15 EAC) o «manifiestamente inocuas» (como ocurre con los derechos educativos del art. 21 EAC). En otros supuestos, la interpretación conforme se obtiene restringiendo con carácter preventivo el eventual alcance del derecho en cuestión (como ocurre con el «derecho a vivir con dignidad el proceso de [la] muerte», recogido en el art. 20 EAC o con los «derechos y deberes lingüísticos», del capítulo III del título I).

5.

El tono restrictivo que se advierte en ciertos aspectos ligados a la determinación del alcance de los derechos es aún más nítido en relación con el diseño de garantías semijurisdiccionales y jurisdiccionales desde la propia comunidad autónoma. La declaración de inconstitucionalidad y nulidad del apartado 4 del art. 74 EAC, que atribuye al Consejo de Garantías Estatutarias la potestad para emitir dictámenes vinculantes en materia de derechos, justificada, entre otros extremos, en la afectación de funciones jurisdiccionales privativas del TC, es un reflejo de ello. El otro es la excluyente interpretación que la Sentencia realiza tanto del art. 38.2 EAC como del art. 149.1.6 CE, cerrando el paso a una eventual regulación autonómica de los recursos específicos destinados a proteger derechos estatutarios ante la justicia ordinaria.

Este último aspecto es especialmente relevante, en la medida en que el TC parece abandonar el criterio que, ya en la STC 47/2004, habilitaba al legislador autonómico a introducir aquellas innovaciones procesales que se dedujeran de la «conexión directa» con las particularidades del derecho sustantivo autonómico y que vinieran requeridas en este. Dicha conexión, es verdad debía resultar además de directa, «necesaria». Pero no en términos «absolutos» que supusieran un vaciamiento de contenido de la habilitación competencial a favor de las Comunidades Autónomas. La STC 31/2010 viene en realidad a limitar esta interpretación, ya que se insiste en que las innovaciones procesales introducidas por el legislador autonómico, sean no solo necesarias, sino que se deduzcan de manera «inevitable», desde la perspectiva de la defensa judicial, de las reclamaciones jurídicas sustantivas configuradas por la norma autonómica. Este no sería el caso de los recursos previstos en el art. 38.2 EAC, cuya concreción deberá realizarse de acuerdo con los procedimientos establecidos en unas leyes que, según el TC, «obviamente solo pueden ser las del Estado» (FJ 27).

Ciertamente, ninguna de estas interpretaciones constituye por sí sola un freno definitivo al despliegue de los derechos estatutarios y a su eventual tutela

por parte de los tribunales ordinarios (más complicada y remota se presenta la cuestión de su protección a través del amparo constitucional, sobre todo si se tiene en cuenta el objeto limitado de dicho recurso, así como las restricciones en los criterios de admisibilidad introducidos tras la reforma de la Ley Orgánica 6/2007). En todo caso, reflejan las dificultades y reticencias del TC, también en este ámbito específico, para dar cabida a las lecturas abiertas y federalizantes del marco constitucional propugnadas por algunas reformas estatutarias, comenzando, naturalmente, por la propia reforma catalana.

8. INSTITUCIONES

El Consejo de Garantías
Estatutarias (181-184)
Joaquín Tornos Mas

Los dictámenes vinculantes del Consejo
de Garantías Estatutarias (185-190)
Joan Vintró Castells

La exclusividad del Síndic
de Greuges (191-195)
Joan Vintró Castells

EL CONSEJO DE GARANTÍAS ESTATUTARIAS

Joaquín Tornos Mas*

La regulación estatutaria del Consejo de Garantías Estatutarias (CGE) fue recurrida con respecto a los apartados primero, segundo y cuarto del artículo 76. Por conexión, también hay que hacer referencia a la impugnación del artículo 38.1, en la medida en que este precepto establece que el CGE tutela los derechos que reconocen los capítulos I, II y III del título primero y la Carta de los derechos y deberes de los ciudadanos de Cataluña.

La impugnación de los apartados 1 y 2 del artículo 76, y del artículo 38.1, tenía una limitada fundamentación ya que se reducía a señalar que la institución autonómica quería aparecer como una alternativa al Tribunal Constitucional, hecho que según la parte recurrente chocaba con la reserva que el artículo 161 de la Constitución establece a favor del Tribunal Constitucional respecto del control de constitucionalidad de las normas con fuerza de ley.

La Sentencia, en el fundamento jurídico 32, rechaza estas alegaciones afirmando que la función dictaminadora atribuida al CGE forma parte del género institucional *consultivo*, cuya constitucionalidad ya fue confirmada por la Sentencia 204/1992. El Tribunal confirma de esta manera la plena constitucionalidad de la creación de una institución autonómica que tenga como función dictaminar, con carácter no vinculante, sobre la constitucionalidad y estatutoriedad de las normas autonómicas con fuerza de ley.

El verdadero conflicto es el que tiene por objeto la novedad que incorpora la institución estatutaria en relación con el Consejo Consultivo, es decir, la introducción de un dictamen con valor vinculante en el caso de proyectos y proposiciones de ley del Parlamento que desarrollen o afecten derechos reconocidos por este Estatuto. Esta novedad se incluye en el apartado 4 del artículo 76 y es la que lleva a los recurrentes a cuestionar la naturaleza meramente consultiva del nuevo CGE.

La finalidad perseguida por la norma estatutaria con la introducción de un dictamen vinculante, que no preceptivo, en los supuestos de proyectos o proposiciones de ley que desarrollaran o afectaran derechos estatutarios era establecer

* Joaquín Tornos Mas, catedrático de derecho administrativo de la Universidad de Barcelona.

en el mismo Estatuto una garantía reforzada de estos derechos frente al legislador catalán. La falta de un sistema reforzado de control de las leyes dejaba, de hecho, esta categoría estatutaria –los derechos estatutarios– sin su principal razón de ser, en la medida en que podrían ser desconocidos por el legislador ordinario sin ningún tropiezo jurídico (de hecho, solo sería posible el recurso de inconstitucionalidad de la ley autonómica por vulneración del Estatuto, con el problema que plantea la limitación relativa a los sujetos legitimados para acceder a esta vía). El dictamen vinculante responde, por lo tanto, de manera directa a la creación de la categoría de los *derechos estatutarios*.

Dejando de lado esta cuestión, que no merece consideración alguna, la Sentencia se limita a examinar en un breve fundamento jurídico, el número 32, si el dictamen vinculante vulnera algún precepto constitucional. Para construir su razonamiento y fundamentar su decisión, el Tribunal parte de la afirmación según la cual el modelo de control que puede ejercer el CGE está indeterminado en el Estatuto («el artículo 76.2 se remite en este punto a los términos que establezca la ley»). Sobre la base de esta afirmación, la Sentencia construye una doble hipótesis temporal diferenciando según el dictamen se tenga que evacuar al inicio de la tramitación parlamentaria o una vez la tramitación hubiera finalizado y solo quedara la aprobación del proyecto en el Pleno del Parlamento.

La primera hipótesis («el informe se tiene que evacuar al inicio de la tramitación parlamentaria»), lleva al Tribunal a introducir unos argumentos que las partes no habían mencionado en su recurso.¹ Según el Tribunal, en este caso el dictamen supone «una inadmisibles limitación de la autoridad y las competencias parlamentarias con grave quebranto de los derechos de participación política reconocidos por el artículo 23 de la Constitución española en garantía de la libertad parlamentaria propia de los sistemas democráticos». El hecho de que se pudiera emitir un dictamen vinculante, que en el caso de ser negativo impediría debatir el texto y, por lo tanto, la participación de los parlamentarios, vulneraría el artículo 23 de la Constitución.

En el caso de la segunda hipótesis que propone el Tribunal («el informe se evacua una vez finalizado el procedimiento legislativo pero antes de la publicación de la ley»), la Sentencia afirma que esta intervención «configuraría el con-

1. Este hecho es destacado en el Informe del Grupo de Expertos sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional encargado por el MHP. El Informe destaca el aspecto procesal de esta cuestión, ya que según el artículo 84 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional el Tribunal tiene que poner en conocimiento de las partes este nuevo motivo en el cual fundamentará su decisión, actuación que no tuvo lugar.

trol ejercido por el Consejo en términos demasiado próximos –materialmente equivalentes, desde luego– a un control jurisdiccional sobre normas legales enteramente perfeccionadas en su contenido, perjudicándose entonces el monopolio de rechazo de las normas con fuerza de ley reservado por el artículo 161 CE a este Tribunal». Es decir, al emitir el informe cuando el proyecto o la proposición ya está debatido, y solo queda la publicación, este informe vinculante es idéntico de hecho al control reservado al Tribunal Constitucional.

La conclusión final a que llega el Tribunal es que cualquiera de las dos hipótesis obliga a declarar la nulidad y la inconstitucionalidad del artículo 76.4 del Estatuto, sin posibilidad de llevar a cabo una interpretación de este conforme a la Constitución. No compartimos esta conclusión final.

Con respecto a la primera hipótesis, lo cierto es que introducir en el debate la posibilidad de que el dictamen del CGE se evacuara al inicio de la tramitación parlamentaria no tiene mucho sentido ni como argumento meramente dialéctico. El antecedente del Consejo Consultivo permitía entender que el dictamen se tendría que producir una vez finalizada la tramitación parlamentaria. Lo que se quiere controlar es un texto que puede ser publicado como ley y que puede no respetar los derechos estatutarios, no un proyecto o proposición de ley que inicia su tramitación parlamentaria. El hecho mismo de que ninguna de las partes personadas en el recurso hiciera referencia a esta posibilidad y a sus problemas de constitucionalidad confirma que no se tuvo nunca en cuenta esta posibilidad.

Pero, en todo caso, la inconstitucionalidad a que hace referencia la Sentencia no deriva directamente del precepto estatutario y solo se podría producir, si ocurre, en la norma postestatutaria que regulara el momento en que se tiene que evacuar el informe. Si el dictamen se puede evacuar en otro momento, y en este caso no existe vulneración de ningún precepto constitucional, el Tribunal no tiene que declarar la inconstitucionalidad del artículo 76.4 al ser posible una interpretación del precepto estatutario conforme con la Constitución. Consecuentemente, en relación con esta primera hipótesis, creemos que la Sentencia se hubiera tenido que limitar, en todo caso, a hacer una advertencia de inconstitucionalidad si la ley postestatutaria optaba por llevar el dictamen vinculante al inicio de la tramitación parlamentaria.

Con respecto a la segunda hipótesis, no podemos compartir la identificación que se hace en la Sentencia entre el dictamen vinculante del CGE sobre un proyecto o proposición de ley, aunque sea en un momento final de su tramitación parlamentaria, y el control jurisdiccional sobre normas con fuerza de ley que la Constitución reserva al Tribunal Constitucional. Afirmar, como se hace

en la Sentencia, que el hecho de que el dictamen se emita antes de la publicación de la ley es de hecho un control jurisdiccional, con el único argumento que este dictamen se sitúa temporalmente en un momento próximo al de la publicación de la ley, olvida aspectos formales esenciales de la teoría de las normas, como es que un texto legal solo es válido y tiene fuerza de ley una vez publicado, y olvida también que el monopolio de control del Tribunal Constitucional es sobre normas con fuerza de ley, no sobre proyectos o proposiciones.

El dictamen del CGE se sitúa dentro del procedimiento de elaboración de la ley, y este procedimiento puede ser regulado por el Estatuto y el legislador autonómico, tal como se argumentó en defensa de este precepto, si no se vulnera ningún derecho fundamental ni se desvirtúa de manera sustancial la naturaleza de la ley. Modificar el procedimiento de elaboración de las propias leyes no afecta a la función que la Constitución reserva al Tribunal Constitucional, y forma parte de las competencias propias del Estatuto y del legislador autonómico. Es una cuestión de organización interna, que puede regular el Reglamento del Parlamento autonómico o el legislador autonómico. No se puede afirmar, pues, que el precepto estatutario vulnera el artículo 161 de la Constitución con el único argumento que el dictamen es próximo, temporalmente, al momento en el cual el proyecto o proposición pasará a ser norma con fuerza de ley. Este argumento de la «proximidad temporal» nos parece ciertamente insostenible, ya que esta razón temporal no altera el valor ni el significado de los diferentes momentos de la tramitación parlamentaria de las leyes.

Con este pronunciamiento, el Tribunal, como dice el Informe del Grupo de Expertos, ha llevado a cabo un enjuiciamiento especialmente severo, y a mi entender poco fundamentado, a una cuestión de organización interna de una institución de autogobierno de Cataluña. Además, ha dejado, de hecho, sin contenido la categoría de los *derechos estatutarios*, ya que les ha privado del instrumento jurídico propio del ordenamiento catalán que permitía defender el contenido de estos derechos ante la actuación del legislador ordinario.

LOS DICTÁMENES VINCULANTES DEL CONSEJO DE GARANTÍAS ESTATUTARIAS

Joan Vintró Castells*

1. La decisión del Tribunal Constitucional

A propósito de la institución del Consejo de Garantías Estatutarias, la STC 31/2010 (FJ 32) declara la inconstitucionalidad y la nulidad del artículo 76.4 del Estatuto de 2006. Este artículo establecía lo siguiente: «Los dictámenes del Consejo de Garantías Estatutarias tienen carácter vinculante con relación a los proyectos de ley y las proposiciones de ley del Parlamento que desarrollen o afecten a derechos reconocidos por el presente Estatuto.» En este punto, pues, la Sentencia estima la demanda planteada en el recurso presentado por el Partido Popular, aunque su fundamentación, como se examinará más adelante, no se corresponde totalmente con los argumentos del recurrente.

2. El objetivo del precepto declarado inconstitucional

El artículo 76.4 EAC pretendía, coherentemente con lo que supone la previsión de una declaración de derechos en un texto normativo fundamental y en concordancia con lo que señala explícitamente el artículo 38.1 EAC, establecer un instrumento interno de tutela y garantía institucional de los derechos estatutarios frente al legislador catalán. En este sentido, el objetivo del precepto estatutario era proteger los derechos reconocidos específicamente en el propio Estatuto de manera tal que el Parlamento de Cataluña no pudiera aprobar con carácter definitivo aquellas iniciativas legislativas en trámite en la Cámara que, según el dictamen del Consejo de Garantías Estatutarias, no respetaran los derechos estatutarios.

* Joan Vintró Castells, catedrático de derecho constitucional de la Universidad de Barcelona.

3. El fundamento de la decisión del Tribunal Constitucional y algunas consideraciones críticas

En el recurso presentado por el Partido Popular se alega como único argumento de inconstitucionalidad que el artículo 76.4 EAC es contrario al artículo 161 CE ya que este precepto constitucional otorga al Tribunal Constitucional el monopolio del control de constitucionalidad de todas las leyes y normas con rango de ley del ordenamiento español.

Ante esta única argumentación del recurso, el Tribunal Constitucional construye la fundamentación de su declaración de inconstitucionalidad del artículo 76.4 EAC sobre la base de dos motivos posibles de inconstitucionalidad: uno no invocado en el recurso, como es la infracción del artículo 23 CE (derecho de participación política); y otro, que sí que es mencionado en el recurso, como es la vulneración del artículo 161 CE. A propósito de esta introducción en la Sentencia de un motivo de inconstitucionalidad no alegado en el recurso, hay que constatar de entrada que el Tribunal no hizo uso de la facultad del artículo 84 LOTC y, en consecuencia, no comunicó a todas las partes en el proceso la posible existencia de otras razones de inconstitucionalidad y no dio a las partes el derecho a comparecer para aportar sus argumentos al respecto.

Yendo ya a las cuestiones de fondo, el Tribunal Constitucional, como ya se adelantaba anteriormente, basa su declaración de inconstitucionalidad del artículo 76.4 EAC en un razonamiento que de manera preventiva trata de eliminar cualquiera de las dos opciones que, según su opinión, comportaría el desarrollo legislativo del mencionado precepto estatutario: el control de los proyectos y proposiciones de ley en el momento de la presentación de las iniciativas legislativas en la Cámara y durante el debate parlamentario; y el control una vez acabado el procedimiento legislativo en sede parlamentaria y antes de la publicación de la ley.

La argumentación del Tribunal es literalmente la siguiente: «Si el dictamen del Consejo es vinculante [...] ha de entenderse que un juicio negativo impedirá, en el primer caso, la tramitación de la iniciativa o, en su caso, la continuación del debate en sus términos originales, y en el segundo supuesto, la publicación de la ley y su entrada en vigor. Lo primero supondría una inadmisibile limitación de la autoridad y las competencias parlamentarias, con grave quebranto de los derechos de participación política reconocidos por el art. 23 CE, en garantía de la libertad parlamentaria propia de los sistemas democráticos; lo segundo configuraría el control ejercido por el Consejo en términos demasiado próximos (materialmente equivalentes, desde luego) a un control jurisdiccional so-

bre normas legales enteramente perfeccionadas en su contenido, perjudicándose entonces el monopolio de rechazo de las normas con fuerza de ley reservado por el art. 161 CE a este Tribunal».

A los argumentos anteriormente expuestos, que niegan la constitucionalidad del artículo 76.4 EAC, se pueden oponer, en la línea de las alegaciones formuladas ante el Tribunal Constitucional por el Parlamento de Cataluña y por el Gobierno de la Generalitat, otros que permiten defender la conformidad constitucional de los dictámenes vinculantes del Consejo de Garantías Estatutarias a propósito de los proyectos y las proposiciones de ley relativos a derechos estatutarios. A continuación se presentarán estas consideraciones críticas con la fundamentación de la STC 31/2010 en este punto, examinando separadamente los dos motivos de inconstitucionalidad indicados por el Tribunal Constitucional.

El primer motivo de inconstitucionalidad del artículo 76.4 EAC es, según la Sentencia, la limitación de las competencias parlamentarias en el ámbito legislativo con grave vulneración de los derechos de participación política del artículo 23 CE en el supuesto de que el dictamen vinculante del Consejo de Garantías Estatutarias interviniera en el seno del procedimiento legislativo parlamentario. Con respecto a esta eventualidad, el Tribunal prevé dos posibles escenarios: una regulación legal de los dictámenes vinculantes que sitúe esta figura al inicio del procedimiento legislativo, de manera que pudiera impedir la tramitación de un proyecto o proposición de ley; y una regulación legal de los dictámenes vinculantes que situara esta figura en un momento del procedimiento legislativo anterior a la aprobación definitiva de la iniciativa legislativa por el Pleno del Parlamento.

A propósito del primer escenario hay que decir que, más allá de su carácter poco verosímil en términos prácticos, supondría ciertamente una limitación sustantiva de las competencias del Parlamento y de los derechos de participación, ya que el dictamen vinculante actuaría como un freno total e insuperable para la tramitación de una iniciativa legislativa o de una parte de esta. Dicho esto, debe subrayarse también que el mencionado escenario es, según lo que se expondrá en estas páginas, el único supuesto de despliegue legal del artículo 76.4 EAC que podría incurrir en inconstitucionalidad. Por tanto, el Tribunal Constitucional habría podido limitarse a una declaración de conformidad constitucional y a excluir una interpretación y desarrollo legal del artículo 76.4 EAC que implicara cerrar el paso a poner en marcha el procedimiento legislativo de proyectos y proposiciones de ley.

En relación con el segundo escenario, que como establece la Ley catalana 2/2009 situaría la intervención del dictamen vinculante en el seno del procedi-

miento legislativo entre las fases de comisión y de plenario, se puede afirmar que la actuación del Consejo de Garantías Estatutarias en este caso respetaría tanto el derecho de participación de los sujetos de la vida parlamentaria en el ejercicio de la función legislativa como la configuración constitucional de un Parlamento autonómico como poder legislativo (art. 152 CE). En efecto, la emisión de un dictamen vinculante antes de la aprobación definitiva de una iniciativa legislativa en el Pleno del Parlamento no impediría en absoluto las facultades de propuesta y de libre debate de los grupos parlamentarios a lo largo de todo el procedimiento legislativo (garantizadas por el Estatuto y por el Reglamento parlamentario) y no convertiría al Consejo de Garantías Estatutarias en colegislador. Sobre este último aspecto es conveniente destacar que, de acuerdo con el artículo 76 EAC, la intervención de esta institución sería facultativa (y nunca por iniciativa propia) y no podría expresar ninguna voluntad política sino un pronunciamiento estrictamente jurídico sobre la adecuación de una propuesta legislativa a los derechos reconocidos en el Estatuto. En este sentido, el dictamen vinculante del Consejo de Garantías Estatutarias implicaría que esta institución desplegaría una función de colaboración interorgánica¹ (y de carácter técnico jurídico) con el Parlamento en la actividad legislativa sin incidir, sin embargo, en el contenido político de las leyes, que derivaría exclusivamente de la libre voluntad de la Cámara. A la vista de las consideraciones anteriores, queda claro que no se comparte el criterio del Tribunal Constitucional en este segundo escenario ya que la regulación estatutaria de los dictámenes vinculantes, si bien comporta una cierta limitación de la voluntad parlamentaria en el ejercicio de la función legislativa (acotada en el terreno puramente jurídico), no significa que su desarrollo legal tuviera que conducir necesariamente a un activismo legislativo del Consejo de Garantías Estatutarias incompatible con las competencias parlamentarias en los sistemas democráticos. Si ésta última era la preocupación del Tribunal Constitucional, la Sentencia habría podido declarar la conformidad constitucional del artículo 76.4 EAC y circunscribir los pronunciamientos del Consejo de Garantías Estatutarias a los de un legislador negativo como, por otra parte, hace la Ley catalana 2/2009.

El segundo motivo de inconstitucionalidad del artículo 76.4 EAC es, según la Sentencia, la vulneración del artículo 161 CE cuando el dictamen vinculante interviniera una vez aprobada una iniciativa legislativa por el Pleno del Parla-

1. Véase Miguel A. Aparicio, «Órganos de garantía estatutaria y tutela de derechos», en Miguel A. Aparicio, Mercè Barceló (coords.), *Los órganos garantes de la autonomía política*, Barcelona, Atelier, 2009, p. 172-177.

mento y antes de su publicación oficial. Esta infracción se produciría por el hecho de que la actuación del Consejo de Garantías Estatutarias en este caso pondría en cuestión el monopolio del Tribunal Constitucional en materia de control de constitucionalidad de leyes y normas con rango de ley. En cuanto a este argumento, cabe recordar que la aprobación de una iniciativa legislativa por el Pleno del Parlamento no supone la finalización del procedimiento legislativo ya que este incluye una última fase con dos momentos que son la promulgación y la publicación. Mientras no se llevan a cabo la promulgación y la publicación, la naturaleza de la iniciativa legislativa no experimenta ningún cambio y se ha de continuar hablando de proyecto o de proposición de ley. Por lo tanto, el dictamen vinculante del Consejo de Garantías Estatutarias sobre una iniciativa legislativa aprobada por el Parlamento y pendiente de la última fase del procedimiento legislativo se proyectaría sobre un proyecto o una proposición de ley y, en este sentido, no puede entrar de ninguna manera en colisión con el control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes, que tiene en exclusiva el Tribunal Constitucional en virtud del artículo 161 CE.

En definitiva, si la previsión de los dictámenes vinculantes del artículo 76.4 EAC no supone otra cosa que un control interno de estatutoriedad de las propuestas legislativas en el marco del procedimiento legislativo y en ningún caso sustitutivo del control de constitucionalidad de las leyes ejercido por el Tribunal Constitucional, la regulación estatutaria de esta figura, según nuestra opinión, se corresponde con uno de los contenidos propios de los estatutos establecidos por el artículo 147 CE (la regulación de las instituciones de autogobierno) y no contiene ninguno de los vicios de inconstitucionalidad que le atribuye la STC 31/2010.

4. Los efectos de la Sentencia

El efecto de la STC 31/2010 en el punto que estamos examinando es, como se ha señalado al principio de estas páginas, la inconstitucionalidad y la nulidad del artículo 76.4 EAC y, por lo tanto, la eliminación del texto estatutario de los dictámenes vinculantes del Consejo de Garantías Estatutarias. Los términos del pronunciamiento del Tribunal Constitucional comportan que la regulación legal de los dictámenes vinculantes, contenida en la Ley catalana 2/2009, se vea afectada no como una consecuencia directa y expresa de la decisión final de la Sentencia sino en virtud del principio de la vinculación de todos los poderes públicos a la jurisprudencia constitucional (art. 38.1 LOTC). Dicho en otras pala-

bras la Ley catalana 2/2009, mientras no sea formalmente modificada para suprimir las referencias a los dictámenes vinculantes, se tiene que aplicar de conformidad con lo que indica la STC 31/2010, es decir, con la exclusión del ordenamiento catalán de la figura de los dictámenes vinculantes del Consejo de Garantías Estatutarias. Otra cosa, y perfectamente admisible aunque sin ninguna fuerza jurídica, es que los actores políticos convengan en reconocer de hecho efectos vinculantes a los dictámenes del Consejo de Garantías sobre proyectos y proposiciones de ley que afecten derechos estatutarios.

La declaración de inconstitucionalidad del artículo 76.4 EAC deja sin efecto, lógicamente, la pretensión estatutaria de establecer un instrumento de garantía institucional de los derechos reconocidos en el Estatuto frente a la actuación del legislador catalán. Los derechos estatutarios pierden de esta manera uno de sus mecanismos de protección y ven, por lo tanto, debilitado su estatus normativo. Ciertamente, a partir de lo que se desprende de la STC 223/2006, no se puede excluir que el Tribunal Constitucional acabe controlando la adecuación de las leyes catalanas a los derechos estatutarios, pero hay que recordar que solo instituciones y sujetos de ámbito estatal tienen legitimación para plantear procesos constitucionales en la materia, y este factor crea muchas dudas sobre la operatividad práctica de la intervención del Alto Tribunal para garantizar los derechos estatutarios.

LA EXCLUSIVIDAD DEL SÍNDIC DE GREUGES

Joan Vintró Castells*

1. La decisión del Tribunal Constitucional

En relación con la institución del Síndic de Greuges la STC 31/2010 (FJ 33) declara la inconstitucionalidad y la nulidad del inciso «con carácter exclusivo» que figuraba en el artículo 78.1 del Estatuto de 2006. En este punto, pues, la Sentencia estima la demanda planteada en el recurso presentado por el Partido Popular.

2. El objetivo del precepto declarado inconstitucional

El artículo 78.1 EAC pretendía establecer la exclusividad del Síndic de Greuges con respecto a la supervisión de la Administración de la Generalitat. Dicho en otras palabras, el objetivo del precepto estatutario era que el Síndic de Greuges, en el ejercicio de sus funciones de protección de los derechos constitucionales y estatutarios, tuviera en exclusiva la competencia para controlar la actividad de la Administración de la Generalitat y que, en consecuencia, la Administración autonómica quedara excluida del ámbito de actuación del Defensor del Pueblo estatal. Ello suponía una modificación significativa del marco normativo que hasta el Estatuto de 2006 regulaba las relaciones entre el Defensor del Pueblo y el Síndic de Greuges (art. 35 EAC de 1979, art. 12 LO 3/1981 y art. 2 de la Ley estatal 36/1985). Este marco normativo, configurado a partir de una determinada interpretación del artículo 54 de la Constitución, permitía al Defensor del Pueblo supervisar también la Administración de la Generalitat, aunque lo tuviera que hacer en régimen de cooperación con el Síndic de Greuges.

* Joan Vintró Castells, catedrático de derecho constitucional de la Universidad de Barcelona.

3. El fundamento de la decisión del Tribunal Constitucional y algunas consideraciones críticas

El Tribunal Constitucional fundamenta su declaración de inconstitucionalidad en el artículo 54 CE. Este precepto configura al Defensor del Pueblo como comisionado de las Cortes Generales para la defensa de los derechos comprendidos en el título I de la Constitución y añade que «a este efecto podrá supervisar la actividad de la Administración», sin más precisiones. Pues bien, la STC 31/2010 entiende que el Defensor del Pueblo es un instrumento de garantía de las libertades y derechos fundamentales y que «tratándose de los derechos fundamentales, las garantías establecidas en los artículos 53 y 54 CE han de serlo frente a todos los poderes públicos, pues a todos ellos, sin excepción, vinculan y someten». Siguiendo este hilo argumental, el Tribunal afirma que «la *Administración* del art. 54 CE [...] no es, por tanto, la concreta especie Administración central, sino el género en el que se comprende todo poder público distinto de la legislación y la jurisdicción», y finalmente concluye que, con la exclusividad del Síndic de Greuges establecida por el artículo 78.1 EAC, «se haría imposible la actuación del Defensor del Pueblo respecto de la Administración catalana, vulnerándose el art. 54 CE».

La posición del Tribunal Constitucional en este punto, formulada muy sintéticamente como en la mayor parte de los fundamentos de la Sentencia, se basa, esencialmente, en una expresa interpretación literal del término «Administración» en el artículo 54 CE al que, en defecto de precisión explícita de su alcance, se le otorga una dimensión general que incluye todas las administraciones. Junto a esta consideración expresa, la argumentación y la decisión del Tribunal evidencian que niegan implícitamente cualquier virtualidad al Estatuto, como norma integrante del bloque de constitucionalidad, para contribuir a determinar el sentido del término *Administración* a partir del principio autonómico del artículo 2 CE y en el contexto de la estructuración general del Estado como Estado autonómico.

Se puede observar que la misma interpretación que figura en la Sentencia ya fue anticipada por el Consejo Consultivo de la Generalitat (Dictamen 269, de 1 de septiembre de 2005) cuando se pronunció sobre la constitucionalidad de la Propuesta de reforma del Estatuto aprobada en comisión el 29 de julio de 2005 y publicada en el *Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña* el 1 de agosto del mismo año. En efecto, el Consejo Consultivo afirma, a propósito del artículo 54 CE, que «este precepto constitucional atribuye a la institución del Defensor del Pueblo la función general de la defensa de los derechos contenidos en el título

primero de la Constitución ante la actuación de cualquier administración».¹ En esta misma línea se encuentran las alegaciones del abogado del Estado presentadas en relación con el recurso del Partido Popular contra el Estatuto, aunque, como se examinará más adelante, el abogado del Estado plantea la posibilidad de una interpretación del artículo 78.1 EAC conforme con el artículo 54 CE.

A los argumentos anteriormente expuestos, que niegan la constitucionalidad del artículo 78.1 EAC, se pueden oponer otros que permiten defender la conformidad constitucional de la previsión estatutaria sobre la exclusividad del Síndic de Greuges para supervisar la Administración de la Generalitat. En primer lugar, hay que señalar que la disposición estatutaria relativa al ámbito de exclusividad del Síndic de Greuges contradice literalmente el artículo 12 de la LO 3/1981 pero no el artículo 54 CE y este último precepto es en este caso el único parámetro de constitucionalidad del Estatuto, como se desprende claramente de la misma STC 31/2010. En segundo lugar, debe destacarse que la literalidad del artículo 54 CE, al referirse sólo a «la Administración» sin más precisiones, legitima una interpretación sistemática de este precepto constitucional teniendo en cuenta el principio autonómico del artículo 2 CE de modo tal que el ámbito de actuación del Defensor del Pueblo se pueda circunscribir a la Administración del Estado cuando exista un *Ombudsman* autonómico. Finalmente, corresponde afirmar que el Estatuto de autonomía, como norma institucional básica a la que compete regular las instituciones autonómicas y la articulación de la Comunidad Autónoma con el Estado, puede ser la sede normativa adecuada para concretar en Cataluña la interpretación sistemática del artículo 54 CE y atribuir, en consecuencia, al Síndic de Greuges la supervisión en exclusiva de la Administración de la Generalitat.

En definitiva, si el Tribunal Constitucional hubiera atendido a estos últimos argumentos, presentes también en las alegaciones del Parlamento de Cataluña y del Gobierno de la Generalitat presentadas a propósito del recurso del Partido Popular contra el Estatuto, habría podido declarar la constitucionalidad del artículo 78.1 EAC. De este modo se habría evitado una concurrencia de competencias anómala y disfuncional entre el Síndic de Greuges y el Defensor

1. Hay que señalar, sin embargo, que el pronunciamiento del Consejo Consultivo se hizo sobre un precepto, concretamente el artículo 75.3 de la Propuesta de reforma del Estatuto, cuya redacción no era exactamente igual a la del artículo 78.1 EAC de 2006. En este sentido el artículo 75.3 de la propuesta podía dar a entender que la exclusividad de la intervención del Síndic de Greuges impedía al Defensor del Pueblo controlar la Administración local e incluso la Administración del Estado en Cataluña. Este factor tal vez influyó en la contundencia de la opinión emitida por el Consejo Consultivo en relación con el alcance de las atribuciones del Defensor del Pueblo derivadas del artículo 54 CE.

del Pueblo en virtud de la cual el *Ombudsman* estatal puede supervisar una Administración ajena, dependiente de un ente dotado de plena autonomía política, y dar cuentas de esta supervisión a las Cortes Generales, institución parlamentaria a la que no corresponde el control ni del Gobierno ni de la Administración de la Generalitat.

Parece claro que la mayor eficacia de una institución de las características del *Ombudsman* requeriría que en el contexto del Estado autonómico español sea sólo el Síndic de Greuges quien controle la Administración de la Generalitat e informe de los resultados de sus investigaciones al Parlamento de Cataluña ya que éste es el órgano de control del Gobierno y de la Administración de la Generalitat. Es oportuno destacar a este respecto que este criterio de compartimentación se aplica en otros Estados compuestos, como Austria y Bélgica, y así los *Ombudsmen* federales no controlan las Administraciones de las entidades federadas cuando éstas disponen de instituciones homólogas. Una situación parecida se da en el Reino Unido donde la ley reguladora del *Ombudsman* del Reino Unido establece una clara delimitación y separación de competencias entre esta institución y sus equivalentes en Escocia y Gales.² Huelga decir que cuando esta posible separación de responsabilidades es regulada por la misma Constitución (por ejemplo, el artículo 148, letras *a-i*, de la Constitución austriaca) la posición de los *Ombudsmen* de los entes regionales o federados alcanza una garantía jurídica que impide la concurrencia competencial con el *Ombudsman* central o federal.

4. Los efectos de la Sentencia

El primer y principal efecto de la Sentencia 31/2010 en relación con el Síndic de Greuges es la eliminación del inciso «con carácter exclusivo» del artículo 78.1 EAC puesto que la decisión del Tribunal lo declara inconstitucional y nulo. Ahora bien, a pesar de lo que se acaba de decir y aunque la Sentencia no lo dice de manera expresa, se puede desprender de la argumentación del Tribunal (FJ 16 y FJ 33) que la exclusividad del Síndic de Greuges se mantiene con respecto a la supervisión de la Administración autonómica en relación con la protección de los derechos estatutarios. En efecto, si como señala el mismo Tribunal en la Sentencia 31/2010, los derechos estatutarios son «cosa distinta» de los derechos

2. Véase diversos autores, *Estats compostos i Ombudsman: experiències europees*, Universitat Autònoma de Barcelona, Servei de Publicacions, Bellaterra, 2007.

reconocidos en la Constitución y el artículo 54 CE proyecta la función de garantía del Defensor del Pueblo específicamente sobre los derechos constitucionales, se puede entender que el Síndic de Greuges continúa teniendo la exclusividad para supervisar la Administración de la Generalitat cuando el objeto de sus investigaciones sea estrictamente la defensa de los derechos estatutarios. De hecho esta es la interpretación del artículo 78.1 EAC sostenida por el abogado del Estado para defender la constitucionalidad del citado precepto estatutario.

En cuanto a los efectos de la Sentencia sobre la Ley catalana 24/2009, que regula la institución del Síndic de Greuges con posterioridad al EAC de 2006, cabe afirmar que no tendrá ninguno puesto que dicha Ley no contiene ninguna mención a la exclusividad del Síndic. En consecuencia, no será necesario modificar esta Ley para dar cumplimiento a la Sentencia 31/2010.

Finalmente, con respecto a las posibles vías de superación de los efectos derivados de la Sentencia, cabe destacar, en primer lugar, que, dado que la Sentencia fundamenta la competencia del Defensor del Pueblo en el artículo 54 CE, sólo la reforma de este precepto constitucional puede poner fin de manera plenamente efectiva a la concurrencia competencial entre *Ombudsman* estatal y *Ombudsmen* autonómicos y, por lo tanto, no es viable jurídicamente alcanzar este objetivo mediante la reforma del artículo 12 de la LO 3/1981. Sin embargo, en el marco del principio de colaboración entre el Defensor del Pueblo y el Síndic de Greuges establecido en el artículo 78.2 EAC, se podría impulsar la reforma de la Ley orgánica mencionada y de la Ley estatal 36/1985 para introducir la posibilidad de nuevos convenios de cooperación entre ambas instituciones que incluso pudieran prever fórmulas de delegación de competencias del Defensor del Pueblo en favor del Síndic de Greuges.

9. EL PODER JUDICIAL

Comentario a la Sentencia 31/2010.
Sobre el poder judicial (199-205)
Miguel A. Aparicio Pérez

Poder judicial y modelo de Estado
en la Sentencia sobre el Estatuto
de Autonomía de Cataluña (206-211)
Miguel Ángel Cabellos Espiérrez

COMENTARIO A LA SENTENCIA 31/2010. SOBRE EL PODER JUDICIAL

Miguel A. Aparicio Pérez*

1. Introducción

El título sobre el poder judicial en Cataluña es abordado por la Sentencia que comentamos en dos apartados, siguiendo la estructura que se había marcado al principio de la misma, es decir, «en función de los dos grandes apartados en que se organiza el escrito de demanda»: la determinación de los principios o criterios generales, por un lado, y la consideración de las impugnaciones de preceptos concretos, por otro.

Tales criterios generales se plasman en las casi dos páginas por las que discurre el fundamento jurídico 42. Tras su lectura, realizada con detenimiento, puede afirmarse que nunca hasta la fecha el Tribunal Constitucional había sido tan explícito en su definición de la forma de Estado ni tan pobre en la determinación de sus elementos componentes. Por su parte, la respuesta a las impugnaciones de preceptos concretos se extiende por los fundamentos jurídicos restantes (43 a 55) y también contiene peculiaridades bastante impropias de una argumentación jurisprudencial reposada y aun contrarias a principios elementales de la lógica jurídica y de la propia doctrina constitucional precedente.

2. La obsesión por la unidad

Viene de antiguo el paradigma de la unidad («espiritual, nacional y social de España») como uno de los elementos esenciales de articulación de la ideología jurídica y política judicial en el franquismo y antes de él (F. Bastida, 1985) y es cierto que la Constitución, en el art. 117.5, señala que el principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y el funcionamiento de los tribunales. Pero el primer dato debiera haber constituido un revulsivo para realizar una adecuada interpretación constitucional sobre el problema y el segundo debiera

* Miguel A. Aparicio Pérez, catedrático de derecho constitucional de la Universidad de Barcelona.

haberse atemperado con el modelo de Estado que la propia Constitución diseña. No es el caso de esta Sentencia.

Por el contrario, planteado el tema en términos competenciales –como no podía ser menos– y recordando que el art. 149.1.5ª califica a la Administración de justicia como competencia exclusiva del Estado, el Tribunal se permite abordar la cuestión sin la menor apariencia de duda: «Examen (sobre si ha existido invasión o no de una competencia estatal por parte del EAC) que, *como es evidente*, no puede sino partir del principio de que una de las características definidoras del Estado autonómico, *por contraste con el federal*, es que su diversidad funcional y orgánica no alcanza en ningún caso a la jurisdicción».

La entrada, como poco, es desafortunada. Por una parte, no existe tal evidencia; por otra, existen sistemas federales sin diversidad judicial territorial ni funcional ni orgánica como es el de Austria (incluso Suiza ha tenido una reforma última de unificación orgánica jurisdiccional).

Ese mismo confusionismo lo expande cuando plantea ciertas generalizaciones teóricas sobre la distinción entre las constituciones federadas y los estatutos de autonomía. Ello le da pie a afirmar que en los sistemas federales la diversidad funcional y normativa arranca ya en el nivel de la constitucionalidad mientras que en el sistema español sólo arranca en el nivel de la legalidad. A ver: el federalismo alemán no se diferencia del sistema autonómico español porque las constituciones de los *Länder* tengan naturaleza constitucional originaria puesto que son simples derivaciones de la ley fundamental: la Ley Fundamental de Bonn, elaborada por los aliados tras la II Guerra Mundial, fue la que dio validez a las constituciones de los *Länder*; se diferencia, además de por la representación territorial en el Estado central y otras cuestiones, porque ha habido un pacto de atribución de una jerarquía normativa a la Constitución interna respetando, por supuesto, la superioridad de la Constitución federal en determinados principios básicos y manteniendo siempre el principio de primacía del derecho federal sobre el derecho de los *Länder*, cosa que, dicho sea de paso, no existe en el sistema español y dota de un plus de autonomía a nuestros territorios. Y tampoco puede decirse que en Alemania haya habido un pacto federal y en España no: por razones que ahora no son pertinentes, en términos absolutos ni es cierto lo primero ni tampoco lo es lo segundo, al menos en el estricto nivel normativo. Y, finalmente, ¿es que, acaso, determinados estatutos de autonomía, según las previsiones de la Constitución, no escapan al nivel de la mera legalidad?; ¿no forman parte, según el propio TC, del «bloque» de la constitucionalidad y, en este caso, del bloque constitucional?

Pero nada hay que conmueva la seguridad del Tribunal porque continúa

señalando que las normas producidas por los entes autonómicos «*adquieren forma y contenidos definitivos mediante la función jurisdiccional*, que es, siempre y sólo, una función del Estado». Resulta difícil digerir que cualquier tipo de norma (y no sólo la de los entes autonómicos) adquiera forma y contenido definitivos mediante la función jurisdiccional, con lo que, parece indicarse, mientras una norma no es aplicada jurisdiccionalmente (...¿cuántas veces?) ni su forma ni su contenido son definitivos. Sin embargo, tras ese desahogo teórico, el Tribunal culmina su especulación con un apretado resumen final de su planteamiento que es necesario recordar en su integridad: «En definitiva, si el Estado autonómico arranca con una Constitución única, concluye también con una jurisdicción también única, conteniéndose la diversidad de órganos y funciones en las fases del proceso normativo que media entre ambos extremos. La unidad de la jurisdicción y del Poder Judicial es así, en el ámbito de la concreción normativa, el equivalente de la unidad de la voluntad constituyente en el nivel de la abstracción».

Estas cinco líneas, como se ve, compendian un auténtico manifiesto a la unidad... no se sabe bien de qué; porque la conclusión de «la unidad de la jurisdicción y del poder judicial es así, en el ámbito de la concreción normativa, el equivalente de la voluntad constituyente en el nivel de la abstracción» no posee ningún sentido jurídico. Y ello porque los términos de la proposición lingüística carecen de conexión intelectual para poder convertirse en entidades capaces de ofrecer un contenido jurídicamente aprehensible. En efecto: jurisdicción y poder judicial son términos que contienen conceptos normativos diferentes y realidades normativas también diferentes; para empezar, la jurisdicción como función ni es única ni nunca lo ha sido desde la misma entrada en vigor de la Constitución: al margen de la pervivencia temporal de algunas jurisdicciones especiales, en la actualidad existe la propia jurisdicción constitucional, la jurisdicción de la Unión Europea, la jurisdicción de la Convención Europea de Derechos Humanos... Por tanto, ¿de qué unidad jurisdiccional se trata en el aspecto funcional? Para seguir, el poder judicial, orgánicamente bien determinado por la Constitución, no opera unitariamente en el ámbito de la concreción normativa por muchas causas: gran número de instancias fenecen ante los tribunales superiores y otras antes de llegar a ellos; no está nada clara la naturaleza de fuente del derecho de las decisiones judiciales y qué nivel ocupa; y esa tan invocada unidad como poder lo cierto es que sólo se le puede atribuir al Tribunal Constitucional, que no forma parte del poder judicial. Pero si ya se llega a la delimitación del espacio donde esa unidad se proyecta (en el ámbito de la concreción normativa) sólo podría dar lugar a algún gesto de perplejidad puesto que

ese ámbito de la concreción normativa se halla en todas las esferas, latitudes y rincones del ordenamiento jurídico o, si se quiere, del sistema jurídico, sin que la función jurisdiccional, que ya se ha visto que no es única, le conceda alguna peculiaridad especial.

Por eso el segundo término de la equivalencia («la unidad de la voluntad constituyente en el nivel de la abstracción») es, más sencillamente, una vaciedad: cualquier poder constituyente, en ese llamado nivel de abstracción, se presume único con independencia de los elementos diferenciados y diferenciables que lo hayan integrado en el momento de su emergencia como poder creador del producto político que haya sido capaz de generar (estado unitario, estado compuesto en su diversidad o formas políticas sin homologación estandarizada) y de su presencia (legitimadora o deslegitimadora, no se olvide) a través de los llamados poderes constituidos. Si el poder judicial fuera múltiple, el poder constituyente seguiría siendo siempre único.

El que estos presupuestos teóricos carezcan de base doctrinal e incluso meramente argumental no impide que el Tribunal Constitucional haya llegado a una conclusión de indudable eficacia normativa: a efectos (y no sólo a estos efectos) de la regulación estatutaria del poder judicial y en opinión del Tribunal Constitucional, el Estado autonómico es *el modelo opuesto al Estado federal*. Por eso no es de extrañar que lance una afirmación de una dureza insólita en su propia tradición jurisprudencial: «*La estructura territorial del Estado es indiferente, por principio, para el poder judicial como Poder del Estado*».

3. Las regulaciones constitucional y estatutaria

Al margen de que, por fortuna y también debería ser por principio, la afirmación anterior no es exacta en los momentos actuales (y siempre ha sido así: la reorganización judicial ha acompañado siempre en la historia contemporánea española a la reorganización administrativa), esta serie de autocomposiciones ideológicas permite al Tribunal abordar otra cuestión sobre la que se muestra menos firme cuando tiene que hacer referencia al fundamento constitucional. De manera que se produce una interesante inversión de objetos: por un lado define *a priori* lo que es el Estado autonómico desde la perspectiva judicial y, por otro, se acerca después a ver qué dice la Constitución. Y llega a la conclusión de que la Constitución «cifra la dimensión jurisdiccional de las Comunidades Autónomas en un sentido negativo: si las Comunidades Autónomas han de tener Gobierno propio y, en determinados supuestos hoy generalizados a to-

das las Comunidades Autónomas, también Asamblea legislativa autonómica, no pueden contar, en ningún caso, con Tribunales propios, sino que su territorio ha de servir para la definición de un ámbito territorial de un Tribunal de Justicia que no lo será de la Comunidad Autónoma, sino del Estado en el territorio de aquella».

Esta interpretación carece de fundamento constitucional porque la Constitución no dispone que todas las Comunidades Autónomas tengan Gobierno propio (el artículo 147.2.b y el 148.1.1ª en ningún caso exigen un «Gobierno» y, por no exigir, la Constitución no exige que todo el territorio nacional se organice en comunidades autónomas) y mucho menos que tuvieran todas ellas su correspondiente asamblea legislativa. Tanto el Gobierno como, sobre todo, las asambleas legislativas han sido consecuencia en primer término de los pactos políticos (UCD-PSOE en 1981) y, en segundo lugar, de la *innovación institucional producida por los estatutos de autonomía*. Olvidar que el entramado institucional de las comunidades autónomas se ha realizado a través de los estatutos y que, si se hubiera interpretado «en negativo» la Constitución, al menos catorce comunidades autónomas carecerían de asamblea legislativa propia, permite llegar a la contradicción de asegurar, como lo hace el Tribunal, que la Constitución no solamente no prevé sino que, además, expresamente prohíbe la presencia de algún indicio de actividad jurisdiccional autonómica: «Sobre estos extremos (mucho menos sobre los que tengan que ver con la jurisdicción y su ejercicio o con los órganos judiciales) nada puede disponerse en los Estatutos de Autonomía, a los que el artículo 152.1 CE sólo habilita para “establecer los supuestos y las formas de participación de [las Comunidades Autónomas] en la organización de las demarcaciones judiciales del territorio”, en el entendido de que tal organización es una competencia estatal».

Con los presupuestos anteriores no resultan extrañas ni la consecuencia jurídica ni el desabrido tono de la decisión jurisprudencial con la que se declara inconstitucional el artículo 97 del EAC: «Atendida la configuración del Poder Judicial a la que nos hemos referido en los Fundamentos precedentes, *es notorio* que el Estatuto catalán incurre en un *evidente exceso* al crear en el artículo 97 un Consejo de Justicia de Cataluña [...] y cuyos actos lo serían de un «órgano desconcentrado del Consejo General del Poder Judicial», siendo así que el Poder Judicial (cuya organización y funcionamiento están basados en el principio de unidad *ex art.* 117.5 CE) no puede tener más órgano de gobierno que el Consejo General del Poder Judicial, cuyo estatuto y funciones quedan expresamente reservados al legislador orgánico (art. 122.2 CE)».

A partir de aquí puede afirmarse que la Sentencia discurre más por los ma-

nifistos que en su día emitió la Asociación Profesional de la Magistratura que por cualquier análisis jurídico ponderado de los preceptos estatutarios y su posible contraste con el texto y contexto constitucionales. Ha de recordarse al respecto que, por las fechas de aprobación del Estatuto de Autonomía de Cataluña, se encontraba tramitándose en el Congreso de los Diputados un proyecto de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial en el que se planteaba la introducción generalizada de los consejos territoriales autonómicos del poder judicial con idéntica composición y funciones a las que pretendía regular el Estatuto catalán. Ese proyecto sufrió unos durísimos embates tanto por parte del Consejo General del Poder Judicial (de mayoría conservadora) como de la Asociación Profesional de la Magistratura con el pretexto de que rompía la unidad del poder judicial y, de paso, la unidad de España. Es obvio que en estas líneas no pueden reproducirse tales debates, mas lo cierto es que la Sentencia que comentamos se adhiere sin vacilación a esa postura. Y se adhiere, además, de una forma incoherente por lo que luego se dirá.

Como es sabido, el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad y nulidad *in totum* del art. 97 del Estatuto porque –dice textualmente– «ningún órgano, salvo el Consejo General del Poder Judicial, puede ejercer la función de gobierno de los órganos jurisdiccionales integrados en el Poder Judicial, exclusivo del Estado, ni otra ley que no sea la Orgánica del Poder Judicial puede determinar la estructura y funciones de aquel Consejo dando cabida a eventuales formas de desconcentración que, no siendo constitucionalmente imprescindibles, han de quedar, en su existencia y configuración, a la libertad de decisión del legislador orgánico con los límites constitucionales antes expresados» (FJ 47, segundo apartado). Pues bien, esta causa de nulidad no puede entenderse porque, punto por punto, eso es lo que dice el EAC: ese mismo precepto indica que, sin perjuicio de las competencias del Consejo General del Poder Judicial, el Consejo de Justicia de Cataluña actúa como un órgano desconcentrado suyo y de acuerdo con lo que indique la Ley Orgánica del Poder Judicial. No se requieren especiales cualidades interpretativas para entender que si la Ley Orgánica del Poder Judicial no regulare en su texto algún tipo de Consejo Territorial del Poder Judicial que pudiese tener existencia en Cataluña, dicho Consejo carecería de vigencia normativa aunque estuviere previsto estatutariamente. Parece, pues, que la tacha de inconstitucionalidad viene no por la infracción de cualquier tipo de reserva constitucional sino por la osadía propedéutica de que el Estatuto señale que existirá un Consejo de Justicia de Cataluña en los términos determinados por la Ley Orgánica del Poder Judicial. Es decir, el Tribunal Constitucional anula un precepto que puede contradecir una adecuada técnica legislativa pero

que no formula una propuesta contraria a los mecanismos de reserva constitucional.

Por ello, en mi opinión, a pesar de alguna consideración habida en contrario (vid. el *Informe sobre la STC que resol el recurs d'inconstitucionalitat presentat per 50 diputats i senadors del Partit Popular contra l'Estatut d'Autonomia de Catalunya*), el Tribunal Constitucional no ha cometido el error de creer que el Estatuto creaba un órgano de gobierno judicial dependiente de la Generalitat; lo que ha afirmado, más sencillamente, es que el Estatuto ni siquiera podía mencionar la existencia hipotética de un órgano de gobierno judicial territorial ajustado a las previsiones que en su momento contuviera la Ley Orgánica del Poder Judicial. El anatema procede de la simple previsión de la posible existencia del órgano; no del contenido de su regulación estatutaria.

Y de ahí se deriva una incoherencia aún mayor: tras ser declarado nulo y, por tanto, inexistente el artículo 97 del EAC, es decir, el Consejo de Justicia de Cataluña en él contemplado, a continuación declara que ello «no significa fatalmente la inconstitucionalidad misma del órgano en cuestión, pues sólo si todas y cada una de sus concretas atribuciones se correspondieran, además, con esa calificación impropia, sería inevitable la inconstitucionalidad y nulidad de un órgano cuya existencia únicamente tendría razón de ser para el ejercicio de unos cometidos constitucionalmente inaceptables [...]». Por lo tanto, es inconstitucional y nulo el artículo que lo prevé pero esa inconstitucionalidad y nulidad no afecta a la totalidad de su existencia: no existe porque es inconstitucional pero puede existir para desempeñar atribuciones que no son inconstitucionales, aunque la gran mayoría de las mismas lo son; su composición también es inconstitucional en parte pero, en parte, pese a que sigue siendo nulo, puede ser constitucional... El resultado, contrario a cualquier lógica, es que el Consejo de Justicia de Cataluña es inconstitucional y nulo por el precepto que lo crea (art. 97 EAC) o por los que determinan parte de su composición, pero no lo son algunas de sus competencias ni la previsión de que pueda componerse por algunos miembros cuya identidad no plantee problemas de inconstitucionalidad (parcialmente los artículos 95 a 102 EAC). O sea, un órgano inexistente (¿«rampante»?), es además amputado en su composición y finalmente diezmado en sus atribuciones. Tal vez haya existido un exceso de influencia literaria en la redacción de estos extremos de la Sentencia.

Terminamos aquí, por razón de espacio, los comentarios traídos al vuelo de estos segmentos de la STC 31/2010. La conclusión que tales segmentos se merecen es la de que no sólo existe una pobre teoría constitucional sobre el poder judicial sino que su comprensión normativa es aún más menesterosa.

PODER JUDICIAL Y MODELO DE ESTADO EN LA SENTENCIA SOBRE EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE CATALUÑA

Miguel Ángel Cabellos Espiérrez*

1. Un problema endémico

La historia de la endémica inadecuación entre poder judicial y Estado autonómico es bien conocida y hunde sus raíces, lógicamente, en las previsiones constitucionales, en las que la regulación del poder judicial queda anclada en su propia inercia histórica y consigue mantenerse como un compartimento prácticamente estanco frente a las regulaciones de la propia Constitución destinadas a alumbrar un Estado compuesto. Pese a ello, la primera generación de estatutos intentó arañar algunos espacios de actuación, limitadamente aceptados por el TC (STC 56/1990) e incorporados por la LOPJ en sucesivas reformas. Contra lo que por interés o por ignorancia (o en ocasiones por ambas razones, en modo alguno incompatibles) se ha repetido con frecuencia en foros políticos o mediáticos, los nuevos estatutos, y a los efectos que ahora nos interesa el catalán, no pretenden acabar con la unidad del poder judicial ni crear un poder judicial propio de la Comunidad, sino lograr, entre constantes remisiones a la LOPJ, un poder judicial más ligado en su actuación y en su gobierno al territorio en el que ejerce sus funciones, dentro del reducido margen que la Constitución permite a tal efecto.

¿Es ello posible? Si tuviéramos que ceñirnos al inicio de la argumentación del Tribunal habría que abandonar toda esperanza:

«[...] la función jurisdiccional, mediante la que tales normas [estatales y autonómicas] adquieren forma y contenido definitivos, es siempre, y sólo, una función del Estado. En definitiva, si el Estado autonómico arranca con una Constitución única, concluye con una jurisdicción también única, conteniéndose la diversidad de órganos y funciones en las fases del proceso normativo que media

* Miguel Ángel Cabellos Espiérrez, profesor titular de derecho constitucional de la Universidad de Girona. Este trabajo se inserta en el proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, con referencia DER 2010-15778, sobre «Los cambios en la relación entre Poder Judicial y Comunidades Autónomas: perspectivas de interpretación a la luz del Derecho comparado».

entre ambos extremos. La unidad de la jurisdicción y del Poder Judicial es así, en el ámbito de la concreción normativa, el equivalente de la unidad de la voluntad constituyente en el nivel de la abstracción. La estructura territorial del Estado es indiferente, por principio, para el Judicial como Poder del Estado» (FJ 42).

La unidad de la jurisdicción como correlato de la unidad del poder constituyente. La estructura territorial del Estado como elemento indiferente para el poder judicial. Leyendo esto, resultaría procedente incluso preguntarse si el Tribunal sigue manteniendo su doctrina de la STC 56/1990, que a la vista de lo anterior parecería poco menos que un intento de destruir la competencia exclusiva del Estado sobre la Administración de justicia. Tampoco las últimas reformas de la LOPJ quedarían en muy buen lugar. Aunque el Tribunal salve de inmediato las posibles competencias autonómicas en lo relativo a la administración de la Administración de justicia, uno se pregunta qué tendrían que hacer las CCAA en un ámbito al que la estructura territorial del Estado le es por principio indiferente.

Pero la sentida proclamación del Tribunal sobre la necesidad de aislar al poder judicial del modelo de Estado se queda en buena parte en eso y no desplegará más que una limitada parte de sus potenciales efectos. Es muy significativo el lamento del magistrado Conde Martín de Hijas en su voto: «Cuando se proclama, como se hace en el FJ 42 de la Sentencia, una doctrina tan esclarecedora y brillante (que comparto plenamente) sobre el significado de la unidad del Poder Judicial en la caracterización del Estado de las Autonomías, me sorprende cómo a la hora de enjuiciar los preceptos cuestionados del título III, empezando por el de su art. 95, se puede desembocar en los niveles de tolerancia en que se incurre al pronunciarse sobre su constitucionalidad o inconstitucionalidad». Claro que también sorprende, por qué no decirlo, que tras 32 años de régimen constitucional una sentencia como la que ahora examinaremos tenga que comenzar por hacer una enfática proclamación de la ignorancia mutua entre poder judicial y modelo de Estado como aparente peaje para poder, a continuación, rehacer algunos de los puentes dinamitados entre ambos extremos.

2. Entre la colaboración internormativa y la reescritura

Una vez hecha su inicial proclamación, el Tribunal cambia el eje alrededor del cual va a girar su enjuiciamiento de los preceptos impugnados y pasa a apoyarse en la posibilidad de la colaboración internormativa entre el Estatuto y la

LOPJ, lo que le permitirá formular interpretaciones conformes con la Constitución (que, por cierto, en su mayor parte no pasarán al fallo) de buena parte de los preceptos impugnados. Con una excepción: en lo relativo al Consejo de Justicia se parte, precisamente, del principio contrario, cerrándose la puerta a la colaboración internormativa que en otros muchos ámbitos se acepta con naturalidad, al tiempo que se realiza una interpretación, como se verá, sumamente singular.

La colaboración internormativa entre los estatutos y la LOPJ se daba ya en los primeros estatutos, en cuestiones tales como las funciones de los TSJ y del resto de órganos jurisdiccionales situados en el territorio, o el nombramiento del presidente y los magistrados del TSJ, cuestiones sobre las que indudablemente se proyecta la reserva que la CE hace a la LOPJ. Se partía de la base de que dicha reserva no era absoluta y excluyente de la intervención de cualquier otra norma, sino que podía admitirse la colaboración de los estatutos, con el presupuesto, en todo caso, de que la última palabra correspondía a la LOPJ. También en ese caso, como ahora, fueron los estatutos los que realizaron remisiones que después la LOPJ, norma receptora de la reserva constitucional, recogería. Aun cuando habitualmente la colaboración internormativa opera en sentido inverso, está claro que no se halla excluida en el sentido descrito. Lo que hacen estatutos como el catalán de 2006 es, simplemente, extender esa técnica a nuevos subámbitos. Las constantes remisiones a la LOPJ, que aunque no se efectuaran tendrían que darse por supuestas, no hacen sino recordar que se está recurriendo a dicha técnica.

El Tribunal acepta el recurso a esta técnica en muy diversos casos, en los que la reserva a la LOPJ concurre también en diferente grado: las previsiones relativas a la competencia del TSJ en los diferentes órdenes jurisdiccionales (incluida la interpretación que se hace de la alusión del art. 95.2 a la competencia reservada al TS para la unificación de doctrina, que el TC salva señalando que la LOPJ es la única norma constitucionalmente habilitada para determinar el alcance de dichas funciones, de modo que el precepto estatutario no puede ser entendido en el sentido de que se esté refiriendo a un tipo concreto de recurso o de que pueda limitar las opciones de la LOPJ); la mención al recurso de revisión; la posibilidad de optar por una u otra lengua oficial en las pruebas de los concursos y oposiciones celebradas en Cataluña; el conocimiento adecuado y suficiente del catalán por parte de magistrados, jueces, fiscales y resto del personal, o del derecho propio; la regulación de la competencia autonómica en materia de personal; la posibilidad de crear cuerpos propios de personal; las previsiones en materia de oficina judicial o de planta judicial, o la posibilidad de que la Gene-

ralitat pueda crear secciones o juzgados, por delegación del Gobierno del Estado. En todos estos ámbitos, la regulación estatutaria se considera correcta y se mantiene, porque la misma se remite a lo que disponga la LOPJ. Otra cosa es si el alcance de la regulación de la LOPJ ha de ser el mismo en todos los casos. El Tribunal parece contemplar en todos ellos y por igual una remisión sin límite, lo que sería ciertamente discutible. En cualquier caso, el FJ 53 es expresivo al respecto de lo antes dicho: la remisión estatutaria a la LOPJ «hace imposible, por principio, la contradicción entre el precepto estatutario y la norma constitucionalmente habilitada».

¿Qué ocurre, pues, con el Consejo de Justicia? A diferencia de lo que sucede con todos estos ámbitos citados, la colaboración internormativa aquí no opera. El Tribunal parte de una doble base: en primer lugar, el poder judicial no puede tener más órgano de gobierno que el CGPJ: ningún órgano, continúa diciendo el Tribunal, puede ejercer la función de gobierno de los órganos jurisdiccionales integrados en el poder judicial. En segundo lugar, el estatuto y funciones del CGPJ quedan expresamente reservados al legislador orgánico, y ninguna ley que no sea la LOPJ puede determinar la estructura y funciones del Consejo (FJ 47).

Lo primero contrasta con el hecho de que ya actualmente las salas de gobierno de los TSJ realizan funciones de gobierno que no se limitan al propio TSJ, porque así lo dispone la LOPJ. Lo segundo, esa reserva absoluta a favor de la LOPJ en lo referido al Consejo, contrasta por su parte con el hecho de que nunca haya existido problema en que los estatutos contuvieran previsiones relativas a los TSJ o a las funciones de los órganos jurisdiccionales sitos en la Comunidad, materias que no se ve por qué han de seguir, en lo tocante a la reserva, un régimen distinto al previsto para el gobierno del poder judicial. Por otra parte, el hecho de que la propia LOPJ haya sido complementada por otras normas (los –impropiamente– llamados «reglamentos orgánicos» del personal, o los reglamentos del CGPJ) muestra igualmente cómo se han ido estableciendo, en ámbitos diferentes, líneas de colaboración internormativa incompatibles con una noción de reserva absoluta.

Pero es que, además, de la lectura de la Sentencia se deriva, en primer lugar, que el Tribunal emplea un concepto equívoco en relación con la naturaleza del órgano. Aun luego de examinar si el Estatuto puede o no prever un órgano des-concentrado del CGPJ y concluir con una respuesta negativa, el Tribunal se refiere a «la impropiedad constitucional de un órgano autonómico cualificado en los términos del art. 97 EAC», referencia donde verdaderamente lo único impropio es hablar de «órgano autonómico», pues en ningún caso pretendía el Es-

tatuto crear un órgano tal. Quizá esta concepción subyacente en el razonamiento del Tribunal ayude a explicar por qué en este caso se opta por la inconstitucionalidad y no por la colaboración internormativa, pues es claro que, si el Estatuto hubiera pretendido crear un órgano de la Comunidad Autónoma con facultades atinentes al gobierno del poder judicial, la conclusión hubiera tenido que ser, ciertamente, la inconstitucionalidad del mismo. Lo que ocurre es que, como ya se ha dicho, la pretensión del Estatuto era muy diferente.

De todo lo dicho, sin embargo, quizá lo más sorprendente sea cómo finalmente el Tribunal acaba resolviendo la admisibilidad del Consejo de Justicia. Si de todo lo anterior cabría esperar como consecuencia necesaria que el Tribunal declarase inconstitucional toda la regulación estatutaria, lo cierto es que éste realiza un deslinde entre funciones que podrían pertenecer a un Consejo de Justicia autonómico (no relacionado con el CGPJ y por ello no encargado del gobierno del poder judicial) y funciones que, por referirse o afectar a dicho gobierno, en ningún caso podría tener. Entre las primeras, sorprendentemente, incluye una (precisar y aplicar los reglamentos del CGPJ) que parece claro que tendría que estar con las segundas. Y, hecho este deslinde, concluye que sí que puede existir un Consejo de Justicia (obviamente de naturaleza totalmente diversa de la que quería el Estatuto) con algunas de las funciones inicialmente previstas. El Tribunal, pues, más que declarar inconstitucional la existencia del Consejo de Justicia, opera en él una mutación, mediante declaraciones de inconstitucionalidad concretas (una suerte de voladura controlada del órgano), para dejar en pie un órgano distinto e inesperado (semejante al tipo de consejo de justicia que prevén los estatutos aragonés, valenciano, balear o castellano-leonés, tipo netamente diferente en su naturaleza al de los estatutos andaluz y catalán). Por si fuera poco, se vislumbra la posibilidad de una dualidad de consejos en cada comunidad, pues el TC, en el FJ 47, acepta expresamente que el consejo entendido como órgano desconcentrado, fenecido en su previsión estatutaria, pueda volver de la mano de la LOPJ si ésta así lo dispone.

3. Conclusiones

De este análisis necesariamente telegráfico del pronunciamiento de la STC 31/2010 en lo referido al ámbito de la Administración de justicia se derivan luces y sombras. Por una parte, es de apreciar el esfuerzo del Tribunal por dar entrada a la colaboración internormativa en muy variados ámbitos entre el Estatuto y la LOPJ. Con ello se permite una regulación estatutaria que, por más que

sometida a la de la LOPJ (en distinta medida según el subámbito de que se trate, cuestión esta que el Tribunal no apunta y que la LOPJ, con sus frecuentes regulaciones de alcance reglamentista en todos los ámbitos, tiende a olvidar con frecuencia), pone de manifiesto el interés de la Comunidad en el ejercicio de la función jurisdiccional en su territorio. Por otra parte, sin embargo, el enjuiciamiento que se hace del Consejo de Justicia no deja de suscitar alguna perplejidad: ni se aplica el mismo principio de colaboración, ni se aplican tampoco las consecuencias que de la no aceptación de aquél se seguirían necesariamente, al tiempo que se transforma en otra la regulación estatutaria en esta materia. Ahora, desde luego, el legislador orgánico tiene la palabra. Tanto para recoger el guante que el Tribunal le lanza al decirle que él sí puede crear los órganos desconcentrados del CGPJ, como para hacerlo sin que ello se traduzca en la existencia de una multiplicidad de órganos de naturalezas y composiciones distintas. Si ello es así, y permaneciendo el resto de la regulación estatutaria del título III en pie, algo habremos ganado, aunque sea a través de vías un tanto tortuosas y siempre que la LOPJ sea coherente con las previsiones estatutarias que a ella se remiten, en la aproximación del poder judicial al modelo de Estado.

10. EL RÉGIMEN LOCAL

Régimen local (215-217)

Antoni Bayona Rocamora

El régimen local de Cataluña y la viabilidad de articulación de una planta política y administrativa propia después de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de junio de 2010 (218-224)

Josep Ramon Fuentes i Gasó

Incidencia de la Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional en la regulación del Estatuto de Autonomía de Cataluña sobre los gobiernos locales (225-244)

Alfredo Galán Galán y Ricard Gracia

Retortillo

Régimen local (245-248)

Josep Mir Bagó

RÉGIMEN LOCAL

Antoni Bayona Rocamora*

El Estatuto de Autonomía de 2006 (EAC) incorpora como novedad importante, respecto del Estatuto anterior, un tratamiento mucho más amplio y completo de los aspectos relativos al gobierno local y a la organización territorial de Cataluña (artículo 2.3 y capítulo VI del título II).

Este tratamiento estatutario se centra en dos ejes básicos. El primero es el despliegue de los aspectos relacionados con la autonomía local, tomando como especial referencia la posición del municipio como nivel local básico. El segundo es el diseño del sistema de gobiernos locales de Cataluña, que pivota en torno al municipio y de las veguerías, sin perjuicio de la continuidad de las comarcas y de la existencia de otros entes locales.

En cuanto al primer aspecto, la STC sobre el Estatuto no cuestiona el contenido estatutario, sin perjuicio de las consideraciones que hace sobre el régimen de distribución de competencias en materia de régimen local. En cuanto al segundo aspecto, la STC formula una declaración interpretativa sobre los artículos 90 y 91.3 y 4 en relación con la creación de las veguerías como nuevos entes locales de Cataluña.

En el ámbito de la distribución de competencias sobre el régimen local, el artículo 160 EAC distingue entre las submaterias que son competencia exclusiva de la Generalitat, que se mencionan en el apartado 1, y el resto de ámbitos donde entraría en juego la competencia compartida, es decir, donde sería posible la existencia de normas básicas estatales dictadas con fundamento en el artículo 149.1.18 CE. El apartado 3 del mismo artículo 160 reconoce a la Generalitat la competencia exclusiva para regular el régimen electoral de los entes que cree, a excepción de los garantizados constitucionalmente (expresión que hay que entender referida a los municipios y las provincias). Finalmente, para tener la panorámica completa, hay que mencionar que el artículo 218.2 EAC reconocía a la Generalitat la capacidad para regular los tributos propios de los entes locales dentro del marco establecido por la normativa estatal.

En relación con el artículo 160 EAC, el TC no formula ninguna declaración de inconstitucionalidad o interpretativa, pero ello no significa que no haya un

* Antoni Bayona Rocamora, letrado del Parlamento de Cataluña.

impacto de la Sentencia sobre la interpretación de estas competencias. En este sentido, las competencias exclusivas del apartado 1 se ven indefectiblemente afectadas por la declaración interpretativa sobre el artículo 110 EAC, que es el que se refiere genéricamente a las competencias exclusivas de la Generalitat, en relación con las cuales el TC quiere dejar claro que la noción estatutaria de exclusividad no excluye la posible aplicación de los títulos competenciales exclusivos del Estado que resultan del artículo 149.1 CE, y en este caso, concretamente, del apartado 18 relativo a las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas.

Por otra parte, en una lectura muy discutible de la competencia sobre los aspectos electorales locales, el FJ 100 de la Sentencia hace una lectura muy extensiva de esta competencia estatal, que se podría llegar a entender que afecta a todos los entes locales, incluso los que son de creación estrictamente autonómica y no están constitucionalmente garantizados. Si ello fuera así, se produciría una regresión muy importante en un ámbito en el que se acepta pacíficamente la competencia de la Generalitat.

En esta misma línea también hay que mencionar la declaración de inconstitucionalidad del inciso del artículo 218.2 EAC que reconocía a la Generalitat la capacidad para poder regular los tributos locales. Aunque esta capacidad estaba condicionada al marco previo de la normativa estatal, la Sentencia aplica en este caso, sin matices, la idea de que la potestad tributaria originaria es competencia exclusiva del Estado de acuerdo con los artículos 31.1, 133.1 y 149.1.14 CE, olvidando que con la habilitación previa de una ley estatal las Comunidades Autónomas pueden crear y regular tributos propios (LOFCA) y que este mismo principio puede ser extensible, por lo tanto, a los tributos locales, si así lo prevé la legislación de haciendas locales.

En cuanto a los aspectos relativos a la organización territorial, la STC formula una lectura especialmente restrictiva de la potestad organizativa que la Generalitat puede desplegar en este ámbito. Los tímidos intentos de interiorización de la organización local que contiene el EAC, y que se centran sobre todo en el ámbito supramunicipal y en la figura de las veguerías, quedan muy debilitados por la Sentencia.

En este sentido, la Sentencia recuerda que la provincia es un ente local garantizado por la Constitución y que debe existir también en Cataluña, con lo cual niega la posibilidad de una sustitución plena de este nivel por un ente de nueva creación autonómica. La Sentencia refuerza la idea de bifrontalidad del gobierno local hacia el Estado y la Generalitat, afirmando que hay que distinguir entre la organización del gobierno local «de» Cataluña y el gobierno local del Estado «en» Cataluña. Esta doctrina tiene como consecuencia más directa que

los municipios y las provincias, como entes locales garantizados, quedan en la órbita del segundo escenario con lo que ello significa para el protagonismo de las competencias estatales.

Situados en este contexto, la Sentencia aborda las veguerías de dos formas posibles, bien considerando que pueden ser órganos de gobierno local de carácter autonómico que la Generalitat crea en «concurrentia» con las diputaciones provinciales, bien considerando que las veguerías, o más exactamente los consejos de veguerías, pueden sustituir a las diputaciones. En el primer caso, el TC considera que la Generalitat dispone de amplias competencias para su creación, modificación o supresión y para establecer su régimen jurídico. Sin embargo, en la segunda hipótesis, el TC limita la competencia de la Generalitat a lo que considera un simple cambio de «denominación» de la provincia en Cataluña, supuesto que no impediría al Estado establecer la regulación básica aplicable a las diputaciones, así como su régimen electoral, y que significaría también la necesaria coincidencia geográfica de las veguerías con las provincias, sin perjuicio de una eventual modificación por ley orgánica estatal de acuerdo con el artículo 141.1 CE.

En relación con esta doctrina, hay que destacar diversos aspectos. En primer lugar, la imposibilidad de que la creación de las veguerías pueda dar lugar a una verdadera organización alternativa a la provincia en el ámbito del gobierno local supramunicipal. Como nuevos entes, sólo se podrían crear sin perjuicio de las diputaciones, lo cual daría todavía más complejidad a un sistema de gobierno local ya de por sí bastante denso, después de la creación en el año 1987 de las comarcas. En segundo lugar, la reducción de los efectos de los artículos 90 y 91 del EAC a una operación más propia de maquillaje estético que de cambio real; las veguerías serán las diputaciones cambiadas de nombre y las competencias de la Generalitat hacia éstas sustancialmente idénticas a las que ya tenía sobre las diputaciones de acuerdo con la ley de bases de régimen local.

Finalmente, hay que comentar que los efectos de la STC no se agotan en este caso en la organización local, sino que también se extienden al ámbito de la organización de los servicios de la Generalitat en el territorio. El artículo 90 EAC da a la veguería la doble dimensión de territorio donde se ejerce el gobierno local de cooperación intermunicipal y que sirve también como división territorial para la organización de los servicios de la Generalitat. Por lo tanto, desde esta última perspectiva, la vinculación que se establece entre el carácter local de la veguería y las demarcaciones provinciales, si se aplica por la fórmula de los consejos de veguería como sustitutivos de las diputaciones, puede comprometer y condicionar seriamente la capacidad de autoorganización de la Generalitat con respecto a la determinación de su propio modelo territorial.

EL RÉGIMEN LOCAL DE CATALUÑA Y LA VIABILIDAD DE ARTICULACIÓN DE UNA PLANTA POLÍTICA Y ADMINISTRATIVA PROPIA DESPUÉS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 28 DE JUNIO DE 2010*

Josep Ramon Fuentes i Gasó**

1. La división territorial prevista en el Estatuto y la pervivencia de la provincia en Cataluña

El vigente Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC), bajo la rúbrica de «el gobierno local»,¹ ordena la planta territorial de nuestro país sobre la base de dos entes territoriales locales básicos: municipios y veguerías (artículos 2.3 y 83.1). El EAC contempla también las comarcas como ente supramunicipal para la gestión de servicios municipales (artículo 83.2 EAC) y la posible existencia de otras entidades locales supramunicipales que cree la Generalitat (artículo 83.3 EAC). Ninguna referencia hace el actual texto estatutario a la provincia, a diferencia de lo que ocurría con su predecesor de 1979, que contemplaba de manera forzada en el artículo 5.4 la provincia como ente local.

Ante esta perspectiva se plantean dos cuestiones abiertas, que son de hecho las que los recurrentes del texto estatutario han obligado a resolver al Tribunal Constitucional (TC) español a raíz de la impugnación de los artículos 83.1, 90 y 91 del EAC. En primer lugar si la provincia tiene que existir en todo caso por todo el territorio español y, en segundo lugar, cuál es el poder de disposición del legislador catalán sobre la provincia del EAC.

Se ha afirmado numerosas veces, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia constitucional, que la autonomía provincial que garantiza el artículo

* Este texto ha sido redactado con la colaboración del Dr. Josep Maria Sabaté i Vidal, profesor asociado de derecho administrativo de la Universidad Rovira i Virgili.

** Josep Ramon Fuentes i Gasó, profesor titular de derecho administrativo y director de la Cátedra Antoni Pedrol i Rius, de estudios jurídicos locales de la Universidad Rovira i Virgili.

1. En este sentido, hay que hacer referencia al *Document de bases per a l'elaboració d'un avantprojecte de llei de governs locals de Catalunya*, Tarragona, mayo de 2007, y al Anteproyecto de Ley de Gobiernos Locales de Cataluña, realizado en virtud de un convenio entre el Departamento de Gobernación y Administraciones Públicas de la Generalitat de Cataluña y la Universidad Rovira i Virgili (URV), de 5 de noviembre de 2007, bajo la coordinación del Dr. Josep Ramon Fuentes i Gasó, profesor titular de derecho administrativo, del Sr. Jaume Renyer i Alimbau, del Sr. Juan Ignacio Soto Valle y la secretaria técnica del Sr. Francesc Xavier Forcadell i Esteller, los tres profesores asociados de derecho administrativo de esta universidad.

141 de la Constitución Española (CE) es de segundo grado, en comparación con la autonomía municipal. De hecho, a diferencia de lo que ocurre con los municipios, una buena parte de las provincias españolas presentan un régimen jurídico singular. Este es el caso en primer lugar de las Comunidades Autónomas uniprovinciales, donde la provincia ha «elevado» su rango (Sentencia del TC –STC– 32/1981, FJ 3º). Es el caso también de los territorios históricos vascos, con un régimen orgánico y competencial claramente especial. Y es también el caso de las provincias canarias, donde la estructura orgánica y competencial de sus entes provinciales es meramente testimonial.²

Esta situación reconocida o establecida por la propia legislación básica estatal se convierte en un indicio revelador de que la CE admite diversos tipos diferentes de provincias y, en consecuencia, de autonomías provinciales. Ahora bien, esta disparidad de regímenes se convierte a juicio del TC en también reveladora, al amparo del artículo 141.1 CE, de la indisponibilidad de su existencia y de un «estándar» funcional mínimo³ que los Estatutos de Autonomía deben respetar. Este «estándar» ha sido identificado por el TC con las funciones de cooperación y asistencia a los municipios y con la capacidad de gasto para cumplir con estas funciones.⁴

2. El encaje constitucional de los artículos 83, 90 y 91 del EAC según la STC de 28 de junio de 2010

Con estos antecedentes el TC se enfrentó a la impugnación de los artículos 83.1, 90 y 91 del EAC y de la Sentencia podemos desgranar a grandes rasgos las siguientes conclusiones, que a criterio del tribunal se destilan ineludiblemente de la regulación constitucional de la provincia:

a) En primer lugar, el TC considera en el fundamento jurídico 4º que el hecho de que el EAC no haga referencia expresa a la provincia «no puede suponer, en absoluto, la desaparición de esa entidad local en Cataluña. La provincia es una entidad asumida y asegurada en su existencia por la Constitución, que la define, al tiempo, como «entidad local con personali-

2. *Vid.* Velasco Caballero, F., «Estatutos de Autonomía y Régimen Local», ponencia impartida con motivo de la Jornada «El Régimen Local tras la aprobación de los nuevos Estatutos de Autonomía», que tuvo lugar el día 7 de octubre de 2009 en la sede de las Cortes de Aragón.

3. *Ibidem.*

4. En este sentido, *vid.* las sentencias TC 27/1987, 109/1998 y 48/2004, entre otras.

dad jurídica propia, determinada por la agrupación de municipios», y como «división territorial para el cumplimiento de las actividades del Estado» (art. 141.2 CE). En ninguno de ambos conceptos está condicionada la provincia a confirmación alguna por parte de los Estatutos de Autonomía, de manera que su silencio sobre la institución no puede significar una excepción de las previsiones constitucionales al respecto».

b) En segundo lugar, la definición estatutaria de la veguería como gobierno local en el ámbito intermunicipal de cooperación (artículo 90 EAC) se corresponde con la definición constitucional de la provincia como ente local contenida en el artículo 141.2 CE.

c) De acuerdo con estas constataciones, el TC considera que la previsión estatutaria de la existencia de las veguerías no perjudica la existencia de la provincia en ninguna de sus vertientes, en tanto que no puede suponer la supresión de las provincias en Cataluña ni la de sus funciones constitucionales. Y, en este sentido, podría dar lugar a dos opciones de desarrollo legislativo plenamente constitucionales: la primera, una configuración de la veguería como un ente local propio de Cataluña y diferente de la provincia, con quien tiene que convivir, respetando su autonomía; la segunda, que la veguería no sea una nueva entidad local sino simplemente la denominación de la provincia en Cataluña (FJ 41).

Esta última opción es a criterio del TC la que parece desprenderse del artículo 91.3 EAC, conforme al cual los consejos de veguería –como «órganos de gobierno y administración autónoma de la veguería» (artículo 91.1 EAC)– sustituyen a las diputaciones. Esta posibilidad es perfectamente constitucional, teniendo en cuenta «que la veguería reúne en el Estatuto los caracteres típicos de la provincia y es ésta, más allá de su denominación específica, la institución constitucionalmente garantizada. Nada se opone, por tanto, a que, a efectos estrictamente autonómicos, las provincias catalanas pasaran a denominarse veguerías. Como nada impide, tampoco, que, en ese supuesto, los Consejos de veguería sustituyeran a las Diputaciones provinciales, pues el art. 141.2 CE prescribe que el gobierno y la administración autónoma de las provincias han de encomendarse “a Diputaciones u otras Corporaciones de carácter representativo”; como, a la vista del art. 91.1 y 2 EAC, han de serlo los Consejos de veguería».⁵

No obstante, esta interpretación comporta a criterio del TC unos condicionantes que pueden lastrar de forma muy importante la potestad ordenadora

5. Fundamento jurídico 41º.

en materia de régimen local del Parlamento de Cataluña con respecto a las veguerías y sus órganos de gobierno. El TC considera que «de sustituir los Consejos de veguería a las Diputaciones corresponderá a la legislación del Estado determinar su composición y el modo de elección de sus miembros, correspondiendo también a la normativa básica estatal regular sus competencias en el orden local» (FJ 41). Ahora bien, en todo caso, esta interpretación no puede llevarnos a entender que la capacidad legislativa de nuestro Parlamento hacia los consejos de veguería sea menor que la que ahora ostentaba con relación a las diputaciones.⁶ A favor de esta tesis deberíamos recordar que no todo lo contenido en la legislación básica del Estado se corresponde propiamente con la garantía institucional de la autonomía provincial.⁷

En cuanto a los llamados «efectos estrictamente autonómicos», según el TC, de la veguería, de acuerdo con el Dictamen 11/2010 del Consejo de Garantías Estatutarias,⁸ dado que el EAC configura la veguería como único ámbito territorial, ya sea a efectos de la Administración local como de la Generalitat, se debería concluir que el actual mapa de descentralización de la Administración de la Generalitat no podrá transformarse en veguerial, excepto si volvemos a un mapa cuadriprovincial. Así pues, excepto la modificación de límites provinciales, la posibilidad de hacer un mapa veguerial diferente se encontraría absolutamente vedada. Y, en la práctica, las previsiones estatutarias quedarían en gran parte inaplicables.

3. Opciones para el legislador catalán después de la STC de 28 de junio de 2010

Ante la interpretación constitucional formulada por el TC español en esta Sentencia son diversas las opciones que se abren para aplicar el texto estatutario con relación a las veguerías:

6. Vid. el Informe sobre la STC que resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado por 50 diputados y senadores del PP contra el EAC redactado por un grupo de expertos por encargo del presidente de la Generalitat, punto 4.3, *in fine*, párrafo penúltimo.

7. En este sentido se manifiesta, entre otras, la STC 159/2001, de 5 de julio, fundamento jurídico 4º: «sólo aquellos extremos de la LRBL que puedan ser cabalmente enraizados de forma directa en los artículos 137, 140 y 141 CE, de cuyo contenido no representen más que exteriorizaciones o manifestaciones, forman parte del contenido de la autonomía local constitucionalmente garantizada, mientras que los que se refieran a aspectos secundarios no expresivos de ese núcleo esencial en el que consiste la garantía institucional, desde el punto de vista competencial, en el art. 149.1.18 CE, tienen una distinta naturaleza desde el punto de vista constitucional y ordinamental».

8. Dictamen 11/2010, de 5 de julio, sobre el proyecto de ley de veguerías.

a) Una primera permitiría organizar de manera absolutamente autónoma el régimen veguerial, aun considerando la veguería como un ente local estrictamente diferente de la provincia, con la que debería convivir, respetando su autonomía. Parece que esta opción debería ser descartada por barroca y contraria al espíritu simplificador con que fueron redactados los preceptos estatutarios y también porque la sustitución de las diputaciones por los consejos de veguería se convertiría en contraria a la CE.

b) Una segunda consistiría en hacer una lectura literal de la STC y del texto estatutario en el sentido de considerar que el Parlamento de Cataluña podría crear veguerías siempre que se diera una «coincidencia geográfica» entre estas y las provincias existentes, sin que en ningún caso el legislador catalán pueda crear, suprimir o modificar provincias, entendiéndose que a efectos meramente autonómicos se podrían crear las veguerías dentro de los límites externos de las actuales provincias, que subsistirían a efectos estatales. Esta es una opción que no contradiría en nada la letra de la CE ni del EAC. No obstante, es una opción que habría que descartar si consideramos la interpretación que hace el TC cuando reduce el alcance de la veguería a una cuestión meramente terminológica: «[...] es la simple denominación como veguería, es decir, la creación de esa institución a efectos exclusivamente autonómicos, o su desaparición o supresión, lo único que puede hacer la ley del Parlamento catalán, no la creación, modificación o supresión de las provincias, algo que, de ninguna manera, está al alcance del legislador autonómico».

c) La tercera, que es la más limitadora de la potestad ordenadora del Parlamento de Cataluña, nos lleva a una situación en la que la Generalitat necesitaría la colaboración del legislador estatal con el fin de darle plena aplicación y el espíritu con que fueron redactados los preceptos estatutarios referidos a la veguería.

Así, las veguerías sólo se podrían crear sucediendo estrictamente a las cuatro provincias en las que el Estado ha dividido nuestro país. La modificación de esta planta, es decir la creación de otras veguerías, comportaría ineludiblemente una acción legislativa estatal, no sólo para modificar simplemente los límites provinciales sino para la propia creación de la veguería. Ello obligaría a contar con el concurso de las Cortes Españolas, que deberían aprobar una ley orgánica para la modificación; si bien se condicionaría incluso la organización de la Administración de la Generalitat, teniendo en cuenta que, de acuerdo con el artículo 90.1 EAC, la veguería es también la división territo-

rial adoptada por la Generalitat para la organización territorial de sus servicios.⁹

La dificultad de este escenario –si tenemos en cuenta también las implicaciones electorales que la modificación de la planta provincial provoca a nivel estatal– es casi insalvable si pensamos en la planta actual de la Administración de la Generalitat basada en siete delegaciones territoriales. En este caso, o bien se establece un régimen especial en la Ley Orgánica 5/1985, de Régimen Electoral General,¹⁰ con las dificultades enormes que ello conlleva, o bien únicamente sería posible abordar la división de la Cataluña central –la única con un peso demográfico suficiente para constituirse a todos los efectos en provincia estatal– desde un punto de vista estrictamente técnico, pero igualmente difícilmente viable desde el punto de vista político.

Seguramente, teniendo en cuenta todo esto, habría que considerar quizás la necesidad de reformular esta división en clave estrictamente catalana y prever, tal como ya apuntaban algunas voces, después de la STC de 28 de julio de 1981,¹¹ o en momentos más recientes,¹² otras posibilidades como tratar de forma específica las Tierras del Ebro, los Pirineos y hoy, si no se optara por la otra opción, la Cataluña central, como ámbitos funcionales propios, con el nombre de subveguerías o lo que se estime conveniente. Nada lo impediría a efectos de la ordenación de los servicios de la Administración de la Generalitat, si bien representaría un paso atrás respecto a la actual configuración de los mismos desde este punto de vista. Con respecto a la vertiente local, se podría optar por una solución equivalente al amparo del artículo 83.3 EAC, que permite crear otros entes supramunicipales que significaran el reconocimiento de estos ámbitos.

Una variante de esta sería la constitución de la división veguerial a efectos de la Administración de la Generalitat y demorar no obstante su vigencia en el ámbito local al momento en que fuera modificada, mediante ley orgánica estatal, la división provincial actual de Cataluña. Sin embargo, esta es una opción que seguramente convertiría la división actual en una división provisional indefinida y la previsión de la entrada en vigor diferida, en un recurso retórico o vir-

9. Renyer i Alimbau, J., «Aproximacions a l'eventual reforma de l'organització territorial de Catalunya», dentro de la obra colectiva, D. A., *Estudis en homenatge a Robert Vergés*, Barcelona, 2000.

10. Tornos i Mas, J., «Elementos para la reorganización territorial de Cataluña», *Anuario de Gobierno Local*, Barcelona, 2000.

11. Argullol i Murgadas, E., «Las opciones de organización territorial en Cataluña», *Revista de Estudios de la Vida Local*, Barcelona, 1984.

12. «Informe de la comissió d'experts sobre la revisió del model territorial de Catalunya», encargado por la Generalitat el año 2000.

tual tal como sucedió con la previsión de la conversión de Cataluña en provincia única, contenida en la Ley 5/1987, de 5 de abril, durante muchos años. Y además, como ya se ha apuntado, a la vista del EAC el Consejo de Garantías Estatutarias afirma la imposible disociación entre la vertiente local y la de descentralización administrativa de la Generalitat en el ámbito territorial que conforma la veguería.

En definitiva, el EAC contiene una voluntad decidida de ampliación de las competencias locales –entendido en el sentido de los diferentes entes locales– de la mano de una redefinición de las competencias de la Generalitat de Cataluña. En la situación actual de minifundismo que caracteriza nuestro mapa municipal, de ninguna manera podemos permitirnos no tener un nivel supramunicipal fuerte que desarrolle las funciones administrativas y organice los servicios públicos en un nivel próximo a la ciudadanía, que no puede ser la autonómica. Y este nivel, por decisión expresa del EAC, corresponde a los consejos de veguería, sin perjuicio del papel prestacional efectivo atribuido a las comarcas.

Así pues, el callejón sin salida en el que nos ha situado la STC, a pesar de la aprobación de la Ley de Veguerías por el Parlamento, el 27 de julio, o bien sólo permite hacer una apuesta decidida por el reforzamiento competencial de las cuatro «veguerías provinciales», remitiendo el mapa septipartido a la decisión del legislador actual, o bien lleva a la imposibilidad material de aplicar los artículos 83, 90 y 91 del EAC y, de rebote, la nueva Ley de Veguerías.

INCIDENCIA DE LA SENTENCIA 31/2010 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA REGULACIÓN DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE CATALUÑA SOBRE LOS GOBIERNOS LOCALES*

Alfredo Galán Galán**

Ricard Gracia Retortillo***

I. Gobiernos locales, Estatuto de Autonomía y Sentencia del Tribunal Constitucional

Una de las principales novedades del reformado Estatuto de Autonomía de Cataluña, aprobado mediante la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio (en adelante, EAC), es la inclusión de una extensa y, en ocasiones, bastante detallada regulación de los gobiernos locales. Se aborda esta regulación, en efecto, tanto desde una perspectiva sustantiva o institucional (capítulo VI del título II), como financiera (capítulo III del título VI) y también desde la óptica de la atribución de competencias a la Generalitat (principalmente, art. 151 y 160).

El recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra este Estatuto de Autonomía, por 99 diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso, incluye en su objeto gran parte de su regulación local. Y sobre ella ha tenido que pronunciarse la reciente Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio. La incidencia de esta Sentencia en el ámbito local requiere de un análisis más pausado del que podemos hacer nosotros en este momento. Sirvan las siguientes líneas, pues, como una primera aproximación.

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación DER 2009-14265-C02-01, cuyo investigador principal es el Dr. Alfredo Galán Galán.

** Alfredo Galán Galán, profesor titular de derecho administrativo de la Universidad de Barcelona.

*** Ricard Gracia Retortillo, profesor ayudante de derecho administrativo de la Universidad de Barcelona.

II. Incidencia de la Sentencia en la regulación sustantiva de los gobiernos locales: artículos del capítulo VI del título II del Estatuto

1. Cuestiones previas y generales relativas al capítulo VI del título II del Estatuto

Antes de entrar en la fundamentación de la impugnación de artículos concretos del capítulo VI del título II del Estatuto, los recurrentes realizan una crítica general a dicho capítulo. Resumiendo, son dos los reproches que le hacen y que la Sentencia rechaza, aunque en los términos que ahora veremos:

1.1. El régimen local es una «materia propia» de un Estatuto de Autonomía (FJ 36 de la STC 31/2010)

Los recurrentes sostienen que el Estatuto de Autonomía no puede contener una regulación sobre el régimen local, como sí hace, en cambio, el Estatuto catalán en su capítulo VI del título II. Según este parecer, efectivamente, se trata de una «regulación impropia», esto es, «no propia», de un Estatuto. Y ello por la razón de que desborda la reserva estatutaria del art. 147.2 de la Constitución (en adelante, CE). Este precepto constitucional, en su letra c, establece como un contenido necesario de los Estatutos de Autonomía la regulación de ciertos aspectos esenciales (denominación, organización y sede) de las «instituciones autónomas propias». Y los entes locales no entrarían dentro de dicha categoría.

No comparte la Sentencia este razonamiento. Al contrario, admite que el Estatuto pueda regular el régimen local. En otras palabras, acepta que la materia «régimen local» sea una «materia propia» de un Estatuto, es decir, una materia estatutaria: «[...] en principio, ninguna objeción puede formularse a que el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma, en tanto que su norma institucional básica, contenga las líneas fundamentales o la regulación esencial, con el fin de vincular al legislador autonómico, del régimen local en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, debiendo respetar en todo caso las previsiones estatutarias, como es obvio, la competencia básica que al Estado corresponde en la materia en virtud de la reserva del art. 149.1.18 CE» (FJ 36).

La simple lectura de este fragmento de la Sentencia ya pone de relieve que el Tribunal Constitucional rodea de un conjunto de advertencias o limitaciones su aceptación. Posición cauta que se refleja en la manera en que se redacta la afirmación de que el régimen local puede ser materia estatutaria. Así, aparece

escrito que «ninguna objeción puede formularse», pero se antecede con la cautela de que tal cosa se dice «en principio». En resumidas cuentas, el régimen local es solamente «en principio» materia estatutaria porque, para serlo legítimamente, la regulación contenida en el Estatuto debe cumplir los siguientes condicionantes:

a) El Estatuto de Autonomía puede contener —sólo— «las líneas fundamentales o la regulación esencial» del régimen local. Parece cerrarse el paso —como es razonable— a que la norma estatutaria contenga una regulación completa o de detalle.

b) La Sentencia parece ligar la aceptación de que se pueda regular el régimen local a la naturaleza de la norma estatutaria: ninguna objeción puede formularse a que el Estatuto de Cataluña tenga dicho contenido «en tanto que [es] su norma institucional básica». No entra el Tribunal Constitucional, en este punto, en la polémica apuntada por los recurrentes acerca de si los entes locales deben ser considerados o no «instituciones autónomas propias» en el sentido del art. 147.2.c CE. Cuestión particularmente interesante en el caso del Estatuto catalán, habida cuenta de que su art. 2.3 considera que los gobiernos locales «también integran el sistema institucional de la Generalitat», aunque matiza seguidamente que lo hacen «como entes en los que ésta se organiza territorialmente, sin perjuicio de su autonomía».

c) La regulación estatutaria sobre el régimen local se establece «con el fin de vincular al legislador autonómico». De lo que parece deducirse, a contrario, que no tiene como objetivo hacer lo mismo con el legislador estatal. Sin entrar ahora en otras consideraciones, es cierto que el destinatario natural del Estatuto es el legislador autonómico, encargado de aplicar los correspondientes preceptos estatutarios. Por lo demás, en otros momentos, la Sentencia reitera esta misma idea de que las normas estatutarias están «dirigidas» al legislador autonómico. Así lo hace, por ejemplo, en el FJ 37, en sede de competencias de los gobiernos locales y, por tanto, en referencia al art. 84.2 EAC, al afirmar que «esta previsión estatutaria está dirigida al legislador autonómico».

d) El Estatuto puede contener la regulación del régimen local «en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma». Por consiguiente, con esta limitación de su eficacia territorial.

e) La regulación estatutaria sobre régimen local debe respetar «en todo caso» y «como es obvio» la competencia básica «que corresponde al Estado en la materia en virtud de la reserva del art. 149.1.18 CE». Se abor-

da aquí una relevante cuestión que habría sido merecedora de una argumentación más detallada y convincente, a saber: la relación entre la regulación estatutaria sobre los gobiernos locales y la regulación estatal básica sobre esa misma materia. La posición del Tribunal Constitucional, como ha quedado indicado, se resume en el hecho de que el legislador estatutario debe respetar «en todo caso» la competencia básica estatal que se deriva directamente del precepto constitucional mencionado. Solución que la misma Sentencia considera como «obvia». Las discusiones doctrinales mantenidas en este punto hacen difícil admitir esa calificación.¹ Baste ahora con apuntar que, hasta hoy, el respeto de la competencia básica estatal se predicaba de la legislación autonómica de desarrollo y no de la legislación estatutaria. En otras palabras: la vinculación de las bases estatales se proyectaba sobre la ley autonómica que las había de desarrollar y no sobre las leyes estatales orgánicas estatutarias.

1.2. La regulación estatutaria no impide el ejercicio de la competencia estatal en materia local (FJ 36 de la STC 31/2010)

El segundo de los reproches que, con carácter general, realizan los recurrentes al capítulo VI en su conjunto enlaza con la última de las reflexiones contenida en el apartado precedente. Se sostiene en el recurso, en efecto, que la finalidad perseguida con la operación estatutaria es desplazar la legislación básica estatal de régimen local e impedir el ejercicio por el Estado de su competencia en dicha materia. En última instancia –se argumenta– lo que se pretende es la interiorización autonómica del gobierno local, con la consiguiente terminación de su tradicional carácter bifronte.

La Sentencia tampoco da la razón a los recurrentes en este punto. Aunque la fundamentación en la que sustenta su posición seguro que no complace a la parte recurrida. Parte el Tribunal Constitucional, como ya hemos indicado, de la afirmación de que la regulación estatutaria debe respetar «en todo caso» y «como es obvio» la competencia estatal en materia de régimen local. Y considera que esta competencia es la que se deriva directamente del art. 149.1.18 CE. Por lo tanto, el Tribunal sigue manteniendo la interpretación que de este precepto constitucional viene realizando desde 1982. Recuerda así que la materia

1. Entre otros, Font Llovet, Tomàs; Velasco Caballero, Francisco; Ortega Álvarez, Luis. *El régimen local en la reforma de los Estatutos de Autonomía*, CEPC, Madrid, 2006.

«régimen local» forma parte de la más amplia materia «régimen jurídico de las Administraciones públicas» y que, por consiguiente, corresponde al Estado la aprobación de la legislación básica. De todo ello concluye la Sentencia que la nueva regulación estatutaria no impide el ejercicio de la competencia estatal en materia de régimen local (*ex art. 149.1.18 CE*), que, de este modo, sigue manteniendo su carácter bifronte (idea que se reitera posteriormente, en el FJ 100). La consecuencia, explicitada por el Tribunal, es que el Estado puede mantener relaciones directas con los entes locales catalanes. Esto último sin perjuicio de que, como recuerda con cita de su propia jurisprudencia anterior (en concreto, el FJ 3 de la STC 331/1993), los entes locales puedan mantener una «relación más natural e intensa» con la Comunidad Autónoma.

Si se tiene en cuenta que ha variado la redacción del Estatuto de Autonomía, el mantenimiento inamovible por el Tribunal de su tesis acerca de la distribución de competencias existente entre el Estado y la Generalitat en materia de régimen local pone de relieve que está utilizando como único parámetro la Constitución. Esto es, la interpretación que realiza acerca de la competencia del Estado en este ámbito deriva única y directamente de una lectura (la suya) del art. 149.1.18 CE y no, en cambio, de la lectura complementaria con lo establecido en la norma estatutaria.

2. Impugnación de artículos concretos del capítulo VI del título II del Estatuto

Además de las cuestiones previas y generales, los recurrentes impugnan concretamente algunos artículos del capítulo VI del título II del Estatuto: art. 84.2 y 3 EAC (competencias de los gobiernos locales), 86.5 EAC (controles sobre los gobiernos locales) y, especialmente, art. 83.1, 90 y 91 (veguerías). Sobre todos ellos, claro está, se pronuncia la Sentencia.

2.1. Impugnación del artículo 84.2 y 3 del Estatuto: competencias de los gobiernos locales (FFJJ 37 y 100 de la STC 31/2010)

Los recurrentes sostienen la inconstitucionalidad de estos preceptos estatutarios con base en los dos siguientes motivos. Primero: se pretende limitar la competencia básica del Estado en materia de competencias locales. Y segundo: se están atribuyendo competencias a los entes locales sobre materias que son de la com-

petencia, exclusiva o compartida, del Estado. En concreto, esto último sucede en los tres siguientes casos: coordinación mediante la Junta de Seguridad de los cuerpos y fuerzas de seguridad presentes en el municipio (art. 84.2.e EAC), circulación (art. 84.2.h EAC) e infraestructura de telecomunicaciones y servicios de telecomunicaciones (art. 84.2.l EAC).

La Sentencia declara la constitucionalidad de los preceptos impugnados. De entrada, se afirma que el Estado conserva su competencia básica *ex art.* 149.1.18 CE en relación con las competencias locales. Se mantiene aquí la jurisprudencia constitucional hasta el momento existente. Y, en segundo término, se aclara que el art. 84.2 EAC se refiere exclusivamente a las materias de competencia autonómica, sin que pueda afectar a las que son de competencia estatal. Se recuerda, en este momento, que esta previsión estatutaria «está dirigida al legislador autonómico». En particular, la Sentencia entra a analizar las tres concretas materias que los recurrentes consideran que son de competencia estatal, llegando a la conclusión contraria: el nuevo texto estatutario ha atribuido a la Generalitat competencia sobre todas ellas y, por lo demás, los recurrentes no han impugnado los artículos del Estatuto a través de los cuales tal atribución ha tenido lugar.

2.2. Impugnación del artículo 86.5 del Estatuto: controles sobre los gobiernos locales (FJ 38 de la STC 31/2010)

Según dispone el art. 86.5 EAC, corresponde a la Generalitat el control de legalidad de las decisiones («actos y acuerdos») adoptados por los municipios y, en su caso, la correspondiente impugnación ante los tribunales contenciosos, todo ello «sin perjuicio de las acciones que el Estado pueda emprender en defensa de sus competencias». Es este inciso final del artículo el que ha sido objeto de impugnación.

Sostienen los recurrentes que este precepto estatutario, al incluir el inciso transcrito, está limitando indebidamente la competencia estatal en relación con el control de la actuación de los gobiernos locales. Tal cosa sucede –según el parecer de los impugnantes– porque de su tenor literal se deriva que solamente se permite ese control cuando sea realizado «en defensa de sus competencias» (las competencias del Estado, se entiende) y no en otros casos. De esta manera, por ejemplo, se impediría al Estado que pueda llevar a cabo controles de naturaleza financiera o bien ejercer las facultades de subrogación y disolución previstas en los art. 60 y 61 de la Ley de Bases de Régimen Local. Consecuencia inaceptable –se concluye– en la medida en que corresponde al propio Estado, en ejercicio de

la competencia que ostenta *ex art.* 149.1.18 CE, determinar el control que le deba corresponder sobre los entes locales.

La Sentencia, en cambio, declara la constitucionalidad del precepto estatutario impugnado, pero interpretado en los términos que ella misma especifica: el control previsto en el art. 86.5 EAC no impide que el Estado, en el ejercicio de sus competencias, pueda establecer otros supuestos de control sobre los gobiernos locales. En suma, el inciso final es constitucional, pero también «insuficiente»: «La indeterminación y, acaso, insuficiencia del inciso final del art. 86.5 debe entenderse, como sostiene el abogado del Estado, que no priva al Estado de los medios de acción o control que establezca en el ejercicio de los títulos competenciales que constitucionalmente le resultan atribuidos por el art. 149.1 CE y que se adecuen a su respectivo ámbito» (FJ 38). En definitiva, para el Tribunal Constitucional el control de legalidad del art. 86.5 EAC no es el único control estatal posible, sino compatible con aquellos otros que el propio Estado pueda establecer, en ejercicio –según aclara expresamente la Sentencia– no sólo de su competencia derivada del art. 149.1.18 CE, sino de cualquier título competencial del art. 149.1 CE.

2.3. Impugnación de los artículos 83.1, 90 y 91 del Estatuto: las veguerías (FFJJ 39, 40 y 41 de la STC 31/2010)

Los artículos impugnados en relación con las veguerías son el 83.1, 90 y 91 EAC. No se discute, por tanto, la constitucionalidad de la referencia a las veguerías en el art. 2.3 EAC, que las define como parte integrada, junto al resto de entidades locales catalanas, en el sistema institucional de la Generalitat. El Tribunal declara la conformidad a la Constitución de los tres preceptos impugnados, si bien condiciona la del art. 90 y la de los apartados 3 y 4 del art. 91 EAC a la interpretación que se hace de ellos en los fundamentos jurídicos 40 y 41 de la Sentencia.

La argumentación del Tribunal en este punto es, en ocasiones, de difícil comprensión y exige más de una lectura pausada. Una correcta comprensión pasa en todo caso por atender a la propia base de motivación del recurso, que condiciona inevitablemente la fundamentación del Tribunal sobre esta cuestión y que se encuentra resumida, junto a las alegaciones de las partes, en el antecedente de hecho 41. Según el recurso, el principal problema de constitucionalidad se plantea en relación con el respeto a la garantía constitucional de la provincia, que quedaría claramente cuestionada con la aparición de la veguería en el Estatuto. A su juicio, la relación de la veguería y la provincia en la norma es-

tatutaria puede explicarse a partir de tres hipótesis interpretativas: la coexistencia entre ambas, de tal manera que la veguería se sumaría a la provincia como un nuevo nivel de gobierno local; la supresión de la provincia por la veguería, desapareciendo la primera en Cataluña; y, finalmente, su identificación, siendo la veguería simplemente la distinta denominación que la provincia tiene en dicha Comunidad Autónoma, confiándose su gobierno y administración a otra corporación distinta a las diputaciones.

Para los recurrentes, la verdadera voluntad del Estatuto catalán es la de suprimir la provincia, tal y como se deriva tanto de la falta de mención a la provincia, como de la literalidad del art. 91.3 EAC, que «sustituye» las diputaciones por los consejos de veguería. Con ello, se vulneran los art. 137 y 141 CE y la correspondiente garantía constitucional de la provincia. En cualquier caso, el recurso admite, subsidiariamente, la tesis de la identificación, basándose entonces la inconstitucionalidad exclusivamente en el art. 91.4 EAC, en la medida en que no sería admisible que una ley del Parlamento de Cataluña procediese a «la creación, modificación y supresión de veguerías», como dispone dicho precepto, puesto que se vulneraría la reserva de ley orgánica para la alteración de los límites provinciales del art. 141.1 CE. Tanto el abogado del Estado como el Parlamento de Cataluña admiten, con argumentaciones distintas, esta tesis de la identificación y defienden la constitucionalidad del art. 91.4 EAC, ya que el mismo se remite expresamente al art. 141.1 CE, en caso de alteración de los límites provinciales.

Antes de adentrarse directamente en el análisis de los preceptos impugnados, el Tribunal Constitucional realiza dos consideraciones previas en las que enmarca el resto de su argumentación y que no hacen sino reiterar, sin fisura alguna, su anterior jurisprudencia en la materia. De entrada, parte el Tribunal de la garantía constitucional de la provincia y, por tanto, de su necesaria existencia en Cataluña. La falta de mención en los preceptos impugnados no puede significar su supresión, puesto que «no está condicionada la provincia a confirmación alguna por parte de los Estatutos de Autonomía» (FJ 40, párrafo 1º). Para justificar tal conclusión, el Tribunal rehúsa expresamente apoyarse en su propia jurisprudencia, puesto que tal garantía es –dice– «una obviedad» y además «ninguna de las partes niega que la provincia sea una institución territorial garantizada por la Constitución» (FJ 39 *in fine*).

No nos resistimos aquí a recordar, en primer lugar, que tal jurisprudencia constitucional se remonta a la STC 32/1981, de 28 de junio, dictada en ocasión de la Ley catalana 6/1980, de 17 de diciembre, de transferencia urgente y plena de las diputaciones provinciales a la Generalitat de Cataluña, en un contexto político y jurídico muy distinto al actual, con buena parte de las Comunidades Autónomas

todavía por constituirse y con un muy escaso desarrollo de los mecanismos de protección de la autonomía local. Y, en segundo lugar, que en las alegaciones al recurso presentadas por el Parlamento catalán sí se ponía de manifiesto «la flexibilidad con que la provincia ha sido regulada en la Constitución» y la multiplicidad de casos en los que el desarrollo del proceso autonómico ha llevado a una auténtica «desaparición *de facto*» de la provincia en su dimensión de entidad local, alegación que suponía una más que evidente llamada a, cuando menos, una motivación específica de la vigencia hoy de dicha jurisprudencia constitucional.

Como segunda idea fuerza de partida, el Tribunal parece querer reforzar el carácter bifronte del régimen local (reiterado en su jurisprudencia desde la STC 82/1984), si bien lo hace en unos términos algo confusos y, en cierto modo, equívocos. Prosiguiendo con su argumentación anterior, afirma que la omisión de la provincia en el Estatuto catalán responde, en realidad, a la falta de competencia de dicha norma para regular «el gobierno local del Estado» en Cataluña, entre el que parece incluir las provincias. Esta peculiar expresión, a la que la Sentencia opone la de «gobierno local de Cataluña» y que carece de precedentes en la jurisprudencia constitucional, alude indirectamente a la citada «bifrontalidad», por otra parte ya confirmada más explícitamente en otros pasajes de la Sentencia.² En nuestra opinión, esta argumentación no puede llevar a negar que un Estatuto de Autonomía entre a regular la provincia en cuanto entidad local, puesto que ello supondría, primero, cuestionar también los muchos Estatutos que ya regulan expresamente la institución provincial y, segundo, entrar en clara contradicción con la posibilidad —que más tarde admite el propio Tribunal— de que el Estatuto modifique la denominación y la instancia de gobierno de la provincia en Cataluña. A nuestro juicio, lo que se quiere poner de relieve con todo ello es que, en realidad, lo que no le es disponible al Estatuto de Autonomía es, en concreto, la propia existencia de la provincia. Indisponibilidad que, según el fundamento jurídico 40 *in fine*, se extiende a todas las funciones constitucionales de la provincia: «circunscripción electoral (art. 68.2 y 69.2 CE), división territorial del Estado para el cumplimiento de sus actividades y entidad local con personalidad jurídica y dotada de autonomía (art. 141.1 CE)».

De conformidad con estas dos consideraciones previas, el Tribunal admite, sin más cautelas, la constitucionalidad del art. 83.1 EAC, que prevé que los municipios y las veguerías son la organización territorial básica de Cataluña. Los mismos argumentos le sirven, a su vez, para declarar ajustado a la Constitución

2. Véase el apartado II.1.2 de este trabajo.

el art. 90 EAC, que establece la doble naturaleza de la veguería (entidad local y administración periférica de la Generalitat), si bien, en este caso, se condiciona expresamente el fallo a la interpretación de que tal previsión estatutaria «no puede suponer la supresión de las provincias en Cataluña ni la de sus funciones constitucionales» (FJ 40 *in fine*). Vista la argumentación de la Sentencia, no alcanzamos a advertir la razón por la cual la interpretación conforme se limita al art. 90 EAC y no se extiende también al art. 83.1 EAC.

En cualquier caso, la principal cuestión de fondo que se plantea es, como hemos dicho, cuál es la naturaleza de la veguería en cuanto a entidad local, y en concreto, su relación con la provincia.³ Partiendo de la necesaria persistencia de la provincia en Cataluña y descartada, por tanto, la tesis de su sustitución (supresión) por la veguería, caben, según la Sentencia, dos únicas posibilidades: que la veguería sea un ente distinto a la provincia (tesis de la coexistencia) o que sea la misma provincia, pero con una denominación e instancia de gobierno distintas (tesis de la identificación). El Tribunal Constitucional, en un ejercicio interpretativo un tanto alambicado y en ocasiones críptico, admite la constitucionalidad de las dos posibilidades, «de manera que sea el legislador de desarrollo el llamado a concretar si la veguería es una nueva entidad local o una nueva denominación de la provincia» (FJ 40, párrafo 4º). No obstante, ambas opciones quedan subordinadas a importantes cautelas interpretativas.

En primer lugar, se admite la tesis de la coexistencia o adición. La veguería sería una entidad local propia de Cataluña, diferente de la provincia y que se añadiría a la organización territorial ya existente. Más allá de las consideraciones de oportunidad en cuanto a la racionalidad de dicha opción, en las que obviamente no entra el Tribunal, la principal objeción constitucional a esta posibilidad a la que alude la Sentencia vendría de la mano del art. 91.3 EAC, que impone la sustitución de las diputaciones provinciales por los consejos de veguería. Para el Tribunal, la constitucionalidad de este precepto puede salvarse interpretando que dicha sustitución solo cabe si «los límites geográficos de las veguerías coinciden con los de las provincias» (FJ 41 *in fine*).

En nuestra opinión, la opción de la coexistencia es claramente incompatible con la letra del Estatuto, puesto que el art. 91.3 EAC impone la «sustitución» de la instancia de gobierno provincial por otra distinta, de tal manera que solo persista una única corporación representativa, y, paralelamente, una única entidad local. Pero además es también contraria al propio «espíritu» del Estatuto en ma-

3. Sobre esta cuestión, más ampliamente, Gracia Retortillo, Ricard, *La veguería como gobierno local intermedio en Cataluña. Encaje constitucional de su regulación estatutaria*, Ed. Huggens, Barcelona, 2008.

teria de organización territorial, que nació con la voluntad de racionalizar el modelo territorial catalán, lo que en ningún caso pasa por añadir una nueva entidad local. En cualquier caso, incluso aceptando que la coexistencia entre provincia y veguería tenga cabida en el Estatuto, se nos hace muy difícil comprender por qué el Tribunal condiciona dicha posibilidad a la coincidencia geográfica de ambas entidades locales. La única interpretación que se nos ocurre para dar cabida a esta conclusión es que el Tribunal admita la posibilidad de que dos entidades locales distintas puedan compartir su estructura de gobierno y administración, si se extienden a un mismo ámbito territorial, a imagen semejante de lo que sucede en el caso de las Comunidades Autónomas uniprovinciales, donde –según la propia jurisprudencia constitucional– la provincia persiste y comparte su órgano de gobierno con la propia Comunidad Autónoma (STC 32/1981, FJ 3). Lo que se nos escapa entonces es qué motivos justificarían la existencia de dos entidades locales distintas con territorio y organización idénticos.

Junto a esta primera y compleja posibilidad, el Tribunal Constitucional admite la constitucionalidad de una segunda tesis interpretativa: la identificación entre provincia y veguería. La veguería es la provincia en Cataluña, donde cuenta con una denominación y una instancia de gobierno distintas. La Sentencia afirma el respeto a la Constitución de esta opción en la medida en que la veguería «reúne en el Estatuto los caracteres típicos de la provincia» (FJ 40, párrafo 3º). En consecuencia, afirma, primero, que las provincias catalanas pueden –sin más justificación– denominarse veguerías y, segundo, que los consejos de veguería pueden sustituir a las diputaciones provinciales, en la medida en que sean «otras corporaciones de carácter representativo» previstas por el art. 141.2 CE. Dicho de otro modo, el Tribunal declara que la garantía constitucional de la provincia no incluye la protección de su denominación en cuanto a tipo de entidad local (algo que no había hecho hasta hoy), ni tampoco la de una única forma de gobierno provincial identificada con las diputaciones, como ya había afirmado en relación con las Comunidades Autónomas uniprovinciales (STC 32/1981). Pero además constata, paralelamente, que tales modificaciones puede hacerlas un Estatuto de Autonomía.

La constitucionalidad de esta segunda opción está sujeta, no obstante, a dos condiciones interpretativas, relativas al propio proceso de sustitución de las diputaciones por los consejos de veguería. De entrada, se afirma que en tal proceso de implantación de los consejos de veguería corresponderá a la legislación estatal «determinar su composición y el modo de elección de sus miembros», así como «regular sus competencias en el orden local». Esta declaración debe ponerse en relación con lo dispuesto por la Sentencia en materia de distribución de competencias sobre régimen local (FFJJ 94 y 100). Operación que, en el caso de

la identificación entre provincia y veguería, supone concluir: primero, que el Estado tiene competencia exclusiva para regular el régimen electoral de la veguería, y, segundo, que la competencia sobre la forma de gobierno y las competencias de las veguerías tiene carácter compartido. Más allá de esta consideración competencial, la principal condición a la que el Tribunal somete la tesis de la identificación tiene por objeto el art. 91.4 EAC, según el cual corresponde a una ley del Parlamento catalán la «creación, supresión y modificación» de las veguerías. Para el máximo intérprete constitucional, tal previsión respeta el art. 141.1 CE siempre que se entienda que lo único que puede hacer el legislador autonómico es «la creación de esa institución a efectos exclusivamente autonómicos». Las más que evidentes dificultades interpretativas de esta expresión podemos solventarlas —no sin reservas— entendiéndolo que lo único que el Tribunal permite hacer al Parlamento catalán es alterar la denominación de la provincia en su condición de entidad local, sin que en ningún caso pueda por sí solo modificar sus límites territoriales, ya que tal operación está constitucionalmente reservada a una ley orgánica. Nada dice, sin embargo, el Tribunal acerca del alcance que pueda tener dicha ley orgánica y de si, como se ha propuesto, es posible que esta se limite a alterar el mapa provincial exclusivamente en cuanto a su dimensión local, manteniéndose para el resto de funciones constitucionales de la provincia.⁴ En ningún momento se explicita, de todos modos, que dicha coincidencia territorial deba darse en todas estas vertientes de la provincia, sino que lo único que se advierte es que el ámbito territorial y la propia existencia de tales funciones les son indisponibles tanto al Estatuto de Autonomía como al legislador autonómico.

Dos son los votos particulares que se pronuncian en relación con las veguerías, discrepando del fallo de la Sentencia. Por su parte, el Magistrado D. V. Conde Martín de Hijas se manifiesta abiertamente a favor de la tesis de la sustitución como la más adecuada a la letra del Estatuto y entiende, en consecuencia, que debió haberse declarado la inconstitucionalidad de los tres preceptos impugnados. A su juicio, la tesis de la identificación no es admisible, primero, porque la denominación forma parte de la garantía constitucional de la provincia, y, a su vez, porque conduce inevitablemente a la inconstitucionalidad del art. 91.4 EAC. No cabe tampoco la tesis de la coexistencia en la medida en que no es concebible que el órgano de gobierno de un ente local pueda ser sustituido por el de otro ente local distinto, como pretendería en tal supuesto el art. 91.3 EAC. De todos modos, para el magistrado disidente lo más grave es que el Tribunal eluda pronunciarse sobre «qué sea la veguería», dejando un «amplio y preocupante» espacio de inseguridad jurídica. Argumentos similares son los ar-

4. Gracia Retortillo, Ricard, *La veguería...*, cit., p. 170 y ss.

güidos por el Magistrado D. R. Rodríguez Arribas en su voto particular, quien, de un modo más sintético, se muestra contrario a la posibilidad de mantener simultáneamente la constitucionalidad de los art. 91.3 y 91.4 EAC y critica duramente que el Tribunal acabe dejando en manos del legislador autonómico la determinación de la naturaleza de la veguería, lo que, a su juicio, no es más que una forma de «crear» o «aplazar» el problema.

En este contexto, cualquier desarrollo que pretenda hacer el legislador catalán sobre las veguerías deberá respetar: primero, que toda alteración del territorio provincial requiere una ley orgánica, y, segundo, las competencias que conserva el Estado en cuanto al régimen electoral, el régimen jurídico (competencias, órganos de gobierno, patrimonio, etc.) y hacienda de las veguerías. Las competencias estatales serán, de acuerdo con la interpretación de la Sentencia de los art. 151 y 160 EAC, mucho más limitadas si se considera que la veguería es una entidad propia (creada *ex novo* por la Generalitat) que si se parte de su identificación con la provincia. Como ya hemos dicho, en nuestra opinión, no cabe en el Estatuto la primera opción. Partiendo, pues, de la segunda de las interpretaciones, el legislador autonómico podrá, siempre con el necesario respeto a la autonomía provincial: *a*) potenciar o no el papel de la veguería en el conjunto del sistema local, a través del desarrollo legislativo de lo establecido por el legislador básico estatal en cuanto a las competencias de las provincias, así como mediante la delimitación de las funciones del art. 84.2 EAC que se le quieran atribuir a ella; *b*) proceder al desarrollo legislativo de la organización del gobierno y administración de los consejos de veguería, en el marco de la legislación básica estatal; *c*) ejercer la iniciativa legislativa ante las Cortes Generales para que se apruebe una ley orgánica que regule el régimen electoral de las veguerías; *d*) ejercer la iniciativa legislativa ante las Cortes Generales para que se apruebe una ley orgánica que altere los límites territoriales de las provincias catalanas, teniendo en cuenta que es posible que dicha alteración se restrinja exclusivamente a su dimensión de entidad local (veguerías).

III. Incidencia de la Sentencia en la regulación financiera de los gobiernos locales: artículo 218.2 del Estatuto (FJ 140 de la STC 31/2010)

El artículo 218.2 EAC reconoce a la Generalitat «la capacidad legislativa para establecer y regular los tributos propios de los gobiernos locales». Este concreto inciso del precepto ha sido objeto de impugnación, al entender los recurrentes que se trata de una competencia estatal.

La Sentencia declara la inconstitucionalidad de este inciso estatutario. Recordando su anterior jurisprudencia sentada en este punto, afirma: «Se trata, en suma, de una potestad exclusiva y excluyente del Estado que no permite la intervención autonómica en la creación y regulación de los tributos propios de las entidades locales» (FJ 140). Una estricta interpretación del Tribunal, que no salva la constitucionalidad del precepto a pesar de que se inicia con una relevante matización: el reconocimiento de aquella capacidad legislativa a la Generalitat, pero «en el marco establecido por la Constitución y la normativa del Estado», lo que incluye, claro está, en el marco fijado por la legislación estatal sobre haciendas locales.

IV. Incidencia de la Sentencia en la regulación competencial sobre los gobiernos locales: artículos 151 y 160 del Estatuto

Uno de los objetivos perseguidos por el nuevo Estatuto es conseguir un relevante incremento competencial autonómico en relación con los gobiernos locales catalanes. Para conseguirlo, se han empleado tanto técnicas generales (en el sentido de transversales a las distintas materias competenciales) como técnicas específicas del ámbito material local. Sobre la constitucionalidad y el alcance de ellas se ha pronunciado la Sentencia. No cabe duda de que, en conjunto, las interpretaciones realizadas por el Tribunal han frustrado grandemente las expectativas de los autores del texto estatutario.

1. Técnicas generales de incremento competencial

El Estatuto ha utilizado un conjunto de técnicas que, aplicables transversalmente a varias o, incluso, en algunos casos, a todas las materias competenciales, incluidas las relativas a los gobiernos locales, tienen como propósito conseguir un incremento competencial de la Generalitat. Seguro que el empleo de estas técnicas y la incidencia de la Sentencia son objeto de análisis en otros estudios de este mismo número de esta revista. Por ello, nos limitamos aquí simplemente a una exposición descriptiva.

1.1. La enumeración y definición estatutarias de la tipología de competencias autonómicas

Como novedad, el Estatuto lleva a cabo una enumeración de los tipos de competencias de la Generalitat, así como la definición de cada uno de ellos (capítulo I del título IV: art. 110 a 115 EAC). En última instancia, se pretende propor-

cionar una mayor claridad y, no menos importante, poner freno a unas interpretaciones estatales en materia competencial, que cuentan habitualmente con el aval de la jurisprudencia constitucional, que el autor estatutario considera perjudiciales para los intereses competenciales de la Generalitat.

La posición del Tribunal Constitucional puede resumirse, de manera casi telegráfica, del siguiente modo:

a) En relación con la constitucionalidad de que el Estatuto contenga una enumeración y definición de la tipología de competencias (FFJJ 56 a 58 de la STC 31/2010). Sostiene la Sentencia que un límite cualitativo del contenido posible de los Estatutos de Autonomía es «la definición de categorías constitucionales», labor que corresponde en exclusiva al Tribunal Constitucional, a través de una jurisprudencia que puede ir evolucionando a lo largo del tiempo para adaptarse a los cambios de circunstancias. Concluye la Sentencia que la definición estatutaria de los tipos de competencia es constitucional, pero solamente si se entiende que es realizada con un ánimo descriptivo: que se limite a recoger el concepto existente en ese concreto momento en nuestro ordenamiento jurídico, tal y como ha sido fijado por la jurisprudencia constitucional. Y, por supuesto, sin que ese precepto estatutario pueda petrificar el concepto: no puede oponerse a un hipotético cambio posterior de jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

b) En relación con la definición estatutaria de las competencias exclusivas del art. 110 EAC (FJ 59 de la STC 31/2010). Según la Sentencia, las competencias atribuidas estatutariamente como exclusivas a la Generalitat no deben interpretarse como competencias excluyentes del Estado. En otras palabras, esa atribución debe respetar siempre el límite de las competencias reservadas al Estado directamente por la Constitución, en los términos en que haya sido interpretada por el Tribunal Constitucional. Este razonamiento conduce al Tribunal a afirmar, al examinar algunas materias competenciales, que el Estatuto califica «impropiamente» de exclusivas algunas competencias. Esto es, que son competencias exclusivas «impropias». Tal cosa sucede, en el ámbito que ahora nos interesa, tanto en el caso del art. 151 EAC (materia «organización territorial») como del art. 160.1 EAC (materia «régimen local»): en ambos casos la competencia atribuida como exclusiva a la Generalitat debe entenderse compatible con la competencia básica estatal *ex art. 149.1.18 CE*.

c) En relación con la definición estatutaria de las competencias compartidas del art. 111 EAC (FJ 60 de la STC 31/2010). El Tribunal declara incons-

titucional el inciso de este artículo estatutario en el que se definen las bases estatales como «principios o mínimo común normativo en normas con rango de ley». Según la Sentencia, en efecto, el contenido y alcance de las bases serán siempre únicamente los que se desprendan directamente de la Constitución, en los términos en que la interprete el propio Tribunal Constitucional.

En sede de gobiernos locales, concretamente, en el párrafo segundo del FJ 37, la Sentencia parece identificar las bases con «principios». En este párrafo el Tribunal Constitucional afirma que la regulación estatutaria sobre las competencias de los gobiernos locales «se superpone a los principios o bases que dicte el Estado sobre las competencias locales en el ejercicio de la competencia constitucionalmente reservada por el art. 149.1.18 de la Constitución». Afirmación que, en realidad, no supone ninguna novedad. En ese mismo fundamento, un poco antes, se cita y reproduce parcialmente los FFJJ 1 y 4 de la STC 214/1989, según los cuales corresponde al legislador estatal fijar «unos principios o bases relativos a los aspectos institucionales (organizativos y funcionales) y a las competencias locales de los entes locales constitucionalmente necesarios». Por lo demás, estas consideraciones del Tribunal deben ser interpretadas de conformidad con la declaración de inconstitucionalidad, indicada en el párrafo anterior, del inciso del art. 111 EAC.

d) En relación con la definición estatutaria de las competencias ejecutivas del art. 112 EAC (FJ 61 de la STC 31/2010). Utilizando nuevamente un criterio muy restrictivo, la Sentencia sostiene, en referencia al alcance de la potestad reglamentaria, que la atribución de competencias ejecutivas a la Generalitat no supone la atribución de una potestad reglamentaria de alcance general, sino solamente de una potestad limitada a la emanación de reglamentos de organización interna y de ordenación funcional de la competencia ejecutiva autonómica.

1.2. La enumeración estatutaria de materias y, dentro de ellas, la inclusión de listados de submaterias (FJ 64 de la STC 31/2010)

Es conocida la técnica empleada por el Estatuto catalán, consistente en determinar las competencias de la Generalitat mediante la enumeración de materias competenciales y, dentro de cada una de ellas, la inclusión de listados de submaterias que, en todo caso, deben entenderse ubicadas dentro de la competencia autonómica. Esta técnica es empleada, entre otros muchos casos, en los art. 151 (materia «organización territorial») y 160.1 (materia «régimen local»).

La Sentencia admite su constitucionalidad, aunque la califica de «técnica descriptiva». Y, además, somete su uso a una doble condición: operar «dentro de la Constitución y respetando el límite de las competencias reservadas al Estado ex art. 149.1 CE».

1.3. El empleo estatutario de la expresión «en todo caso» en el encabezamiento de los listados de submaterias (FFJJ 59 y 64 de la STC 31/2010)

Con el empleo de esta técnica se quiere asegurar la competencia autonómica sobre las submaterias incluidas en los listados encabezados con la expresión «en todo caso» u otra similar. Así se ha hecho en el art. 151 EAC (materia «organización territorial»), pero no en el art. 160.1 EAC (materia «régimen local»).

La Sentencia admite su constitucionalidad, pero advierte que se trata también de una técnica meramente descriptiva o indicativa de que dichas submaterias forman parte del contenido de la materia competencial de que se trate, sin que en ningún caso puedan, por el sólo empleo de aquella expresión, verse impedidas o limitadas las competencias estatales.

1.4. La no mención estatutaria expresa de títulos competenciales estatales (FFJJ 37, 38 y 64 de la STC 31/2010)

Los autores del nuevo texto estatutario catalán tenían en mente, probablemente, que el Tribunal Constitucional, a la hora de pronunciarse acerca del reparto de competencias existente en materia de régimen local, tuvo muy en cuenta la remisión que el antiguo Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1979 realizaba al art. 149.1.18 CE. En efecto, su art. 9.8 atribuía competencia exclusiva a la Generalitat sobre régimen local, pero añadía seguidamente que tal cosa tenía lugar «sin perjuicio de lo que dispone el número 18 del apartado 1 del art. 149 de la Constitución». Remisión que serviría de fundamento al Tribunal para, subsumiendo la materia «régimen local» en la más genérica «régimen jurídico de las Administraciones públicas», concluir que estábamos en presencia realmente de una competencia compartida (carácter bifronte del régimen local). Pues bien, como reflejo del incremento competencial producido por el nuevo Estatuto y para facilitar un cambio en la jurisprudencia constitucional, los art. 151 EAC (materia «organización territorial») y 160 EAC (materia «régimen local») no

mencionan en ningún momento el art. 149.1.18 CE ni, por supuesto, ningún otro título competencial estatal.

La Sentencia considera que la no mención estatutaria expresa de títulos competenciales estatales es perfectamente admisible. No es necesario que el Estatuto contenga cláusulas de salvaguardia de las competencias del Estado: estas competencias derivan directamente de la Constitución, en los términos en que sea interpretada por el propio Tribunal Constitucional.

2. Técnicas específicas de incremento competencial

Junto a las técnicas generales vistas, el nuevo Estatuto utiliza otras específicas para conseguir un incremento competencial autonómico sobre los gobiernos locales.

2.1. La separación estatutaria, como materias competenciales diferentes, de la organización territorial y del régimen local (FJ 94 de la STC 31/2010)

El art. 151 EAC recoge la materia competencial «organización territorial», mientras que el art. 160.1 y 2 recoge, como algo distinto, la materia competencial «régimen local». Por lo demás, no se realiza una idéntica atribución competencial autonómica en ambos casos. Corresponde competencia exclusiva a la Generalitat sobre toda la materia «organización territorial» (art. 151 EAC). En cambio, el contenido de la materia «régimen local» se divide. Sobre una parte (la más relevante, sin duda, esto es, las submaterias enumeradas en el art. 160.1 EAC) la competencia atribuida es exclusiva. Y se trata de una competencia compartida en la parte restante (delimitada con un carácter residual en el art. 160.2 EAC).

Los recurrentes afirman que esta operación se lleva a cabo mediante la segregación de una parte de la antigua materia «régimen local», a la que ahora se dota de autonomía, como nueva materia competencial, bajo la denominación de «organización territorial». La finalidad buscada, según se explica en el recurso, es lograr indebidamente un incremento competencial autonómico sobre el régimen local, al desgajar estatutariamente una porción de lo que sigue siendo materialmente régimen local y así darle el aspecto de una cuestión puramente doméstica e intracomunitaria, con desconocimiento de la competencia estatal ex art. 149.1.18 CE.

La Sentencia, en su FJ 94, plantea expresamente esta cuestión, pero, sorprendentemente, no se pronuncia sobre ella. Al menos, no de manera expresa. De la lectura del fundamento jurídico indicado, sin embargo, se deduce la posición del Tribunal, que puede sintetizarse de la siguiente manera:

a) El Tribunal admite implícitamente que puedan ser materias competenciales distintas. Por la razón de que, planteada concretamente la cuestión, no dice lo contrario: no declara la inconstitucionalidad de esta operación estatutaria.

b) El Tribunal aplica a esta nueva materia («organización territorial») las mismas reglas de distribución de competencias propias de la materia «régimen local». A pesar del tenor literal del art. 151 EAC, la Sentencia considera plenamente aplicables las bases estatales *ex art.* 149.1.18 CE, así como las demás competencias estatales que pudieran estar concernidas (por ejemplo, sobre regulación electoral). En la práctica, por tanto, resulta frustrado el intento de conseguir un incremento competencial de la Generalitat por esta vía.

2.2. La distinción estatutaria de contenidos dentro de la materia «régimen local» (FJ 100 de la STC 31/2010)

El incremento de competencias de la Generalitat sobre la materia «régimen local» se lleva a cabo distinguiendo el Estatuto dos grupos de submaterias y sometiéndolos a un diferente régimen competencial. Así, las submaterias recogidas en el art. 160.1 EAC –las más relevantes– son competencia exclusiva de la Generalitat, sin que aparezca mencionado ningún título competencial estatal. El resto de submaterias, recogidas residualmente en el art. 160.2 EAC, en cambio, son objeto de competencia compartida.

Los recurrentes impugnan el art. 160.1 EAC sosteniendo que, a través de él, se pretende impedir que el Estado pueda dictar las bases que le corresponden, en las submaterias enumeradas en dicho precepto, en ejercicio de su competencia sobre régimen local (149.1.18 CE).

La Sentencia afirma la constitucionalidad del precepto estatutario impugnado. Pero interpretado en el sentido de que el art. 160.1 EAC atribuye a la Comunidad Autónoma competencias exclusivas «impropias», en tanto que no impide el ejercicio de la competencia básica estatal *ex art.* 149.1.18 CE. En otras palabras, la atribución competencial del art. 160.1 EAC, a pesar de su redacción

y de la separación con el apartado 2 de ese mismo artículo, debe entenderse compatible con el mantenimiento por el Estado de su competencia básica sobre régimen local. Derivado directamente del art. 149.1.18 CE, la competencia estatal sobre régimen local alcanza a la totalidad de la materia «régimen local». La consecuencia de ello, tal y como explicita el Tribunal, es que se mantiene el carácter bifronte del régimen local en toda su extensión material y, por consiguiente, el Estado puede entablar relaciones directas con los entes locales catalanes.

2.3. La distinción estatutaria dentro de la materia «régimen electoral local» en atención al tipo de gobierno local (FJ 100 de la STC 31/2010)

Con un discutible criterio sistemático, el Estatuto incluye dentro del art. 160 EAC, cuya rúbrica alude expresamente a la materia «régimen local», un tercer apartado dedicado a la materia «régimen electoral local». No nos detenemos ahora a examinar la relación existente entre ambas materias relativas a los gobiernos locales. Sí que recordamos, en cambio, que, según reza el art. 160.3 EAC, la competencia de la Generalitat se hace depender del tipo de entidad local de que se trate: se le atribuye competencia exclusiva solamente respecto a «los entes locales creados por» ella, advirtiéndose seguidamente que tal cosa se afirma «con la excepción de los constitucionalmente garantizados». Adquiere aquí relevancia la discusión, ya apuntada, acerca de la naturaleza de la vejería estatutaria y de su encaje con la provincia constitucional.⁵

La Sentencia confirma la constitucionalidad de este precepto estatutario pero interpretado de la siguiente manera:

a) Respecto a los entes locales constitucionalmente garantizados: la Generalitat no tiene competencia. La competencia corresponde al Estado.

b) Respecto a los entes locales creados por la Generalitat (no constitucionalmente garantizados): a pesar de que el art. 160.3 EAC atribuye competencia exclusiva a la Generalitat, hay que entenderlo compatible con la competencia del Estado en relación con el establecimiento del régimen electoral general (art. 149.1.1 CE en conexión con el art. 81.1 CE), competencia estatal «que se extiende a todos los entes locales y que no precisa ser confirmada por el Estatuto».

5. Véase el apartado II.2.3 de este trabajo.

RÉGIMEN LOCAL

Josep Mir Bagó*

La STC 31/2010 dedica al régimen local los fundamentos jurídicos 36, 37, 38, 39, 40, 41 y 100, que tienen por objeto dilucidar la constitucionalidad genérica del capítulo VI del título II («El gobierno local») y la específica de los artículos 84.2 y 3 (régimen jurídico y determinación de las competencias locales), 86.5 (control jurídico de los actos y acuerdos locales), 83.1, 90 y 91 (veguerías) y 160 (competencias de la Generalitat en materia de régimen local) del EAC.

El contenido de los fundamentos 36, 37, 38 y 100 no merece ser puesto de relieve en un comentario como el presente, ya que estos se limitan a aplicar más o menos mecánicamente elementos suficientemente conocidos de la jurisprudencia constitucional (bifrontalidad del régimen local, capacidad del Estado y de las Comunidades Autónomas para determinar las competencias locales referida a los ámbitos competenciales respectivos...), enfatizando las tesis más favorables a las competencias estatales, con reiteradas referencias a salvar en cualquier caso las bases estatales en la materia. Asimismo, concluyen desestimando la impugnación genérica de inconstitucionalidad del capítulo sobre gobierno local y las específicas que afectan a los artículos 84.2 y 3, 86.5 y 160 EAC.

Mayor interés tienen los fundamentos 39, 40 y 41, relativos a los artículos 83.1, 90 y 91 EAC, sobre las veguerías, especialmente en lo que se refiere a la relación entre provincias y veguerías.

La intención inicial del nuevo EAC era la de simplificar la organización territorial de Cataluña, sustituyendo la dualidad comarca/provincia del EAC 1979 por una única división intermedia (la veguería), en la que debería concurrir la doble condición de ente local y de división para la organización de los servicios de la Generalitat en el territorio. Esta intención inicial se frustró parcialmente en la tramitación del anteproyecto en el Parlamento de Cataluña, que acabó manteniendo los consejos comarcales, si bien con menor relieve que las veguerías. Y se diluyó en una notable ambigüedad en la tramitación del Estatuto en las Cortes, que dio lugar a una veguería ente local y división de la Administración de la

* Josep Mir Bagó, profesor titular de derecho administrativo de la Universidad Pompeu Fabra.

Generalitat, en eventual coexistencia con unas provincias cuyos límites sólo pueden ser modificados por ley orgánica, y con unos consejos de veguería que en cualquier caso tienen que sustituir a las diputaciones provinciales.

La regulación estatutaria vigente de las veguerías ofrece una razonable determinación de cuáles deben ser sus funciones y finalidades básicas (ente de gobierno local, con finalidades de cooperación local, hasta el punto de que el consejo de veguería sustituye a las diputaciones provinciales, y división territorial para la organización de los servicios de la Generalitat) y resulta muy ambigua a la hora de determinar el ámbito territorial y la naturaleza jurídica (no queda claro si las veguerías tienen que coincidir con las provincias, dado que las primeras deben ser creadas y modificadas por ley del Parlamento, mientras que los límites de las segundas deben ser fijados por ley orgánica, y tampoco queda clara la coexistencia de una veguería que la Generalitat puede regular plenamente en tanto que institución propia con una provincia que de alguna manera debe ser definida por la legislación básica del Estado, en tanto que ente de gobierno local constitucionalmente garantizado).

Esta ambigüedad tiene su causa en la voluntad de dejar implícitamente abierta al EAC la posibilidad de disociar por disposición legal la función de ente local de la provincia (que tiene su expresión institucional en la diputación provincial) de las de circunscripción electoral y de división de los servicios y funciones del Estado en el territorio. De manera que, al amparo de una lectura abierta del artículo 141 CE, la eventual pervivencia de una división de Cataluña en cuatro provincias no fuera obstáculo para que la dimensión de ente local de las mismas se pudiera atribuir legalmente a «otras agrupaciones de municipios», concretamente a las veguerías, e incluso no a cuatro, sino a seis o siete veguerías, si esta fuera la voluntad del Parlamento de Cataluña.

A pesar de la deliberada, e intencionada, ambigüedad, la regulación estatutaria de la veguería no acaba de pasar por el filtro de la STC 31/2010, que condiciona la constitucionalidad de los artículos 90 y 91 EAC a que sean interpretados en determinados términos, interpretaciones que en el caso de los apartados 3 y 4 del artículo 91 se convierten en incompatibles entre sí.

Los fundamentos 40 y 41 tratan de reconducir la ambigüedad de la regulación estatutaria a dos grandes opciones de regulación futura de la veguería: la de convertirse en ente local propio de Cataluña, adicional a la provincia, por un lado, o la de asumir la función de gobierno local que la Constitución atribuye a la provincia, por el otro.

En el primer caso, sería plenamente adecuado a la Constitución el artículo 91.4 EAC, según el cual «la creación, la modificación y la supresión, y también

el despliegue del régimen jurídico de las veguerías, son regulados por ley del Parlamento». En cambio, no lo sería el artículo 91.3, según el cual «los consejos de veguería sustituyen a las diputaciones».

En la segunda interpretación, en cambio, la de que la veguería asuma el papel de gobierno local de la provincia, de manera que los consejos de veguería sustituyan a las diputaciones provinciales, resultaría plenamente adecuado a la Constitución el artículo 91.3 EAC, entendiendo que la sustitución de las diputaciones por los consejos de veguería se refiere a un simple cambio de denominación, pero no lo sería la primera parte del artículo 91.4, ya que si la veguería asume la función constitucional de gobierno local de la provincia, su regulación «está indisponible para el legislador autonómico».¹

En definitiva, aunque no se recoge expresamente en estos términos en el fallo de la STC, la interpretación establecida por el fundamento 41 hace que resulte inevitablemente inconstitucional o bien el artículo 91.3 EAC o bien la primera parte del 91.4, según cuál sea la opción legal de institucionalización y regulación de las veguerías.

A raíz de esta Sentencia las principales opciones de institucionalización de las veguerías en tanto que entes locales son las siguientes:

En primer lugar, limitar a que los consejos de veguería sustituyan nominalmente a las diputaciones provinciales. Según la STC, esta opción no plantea ningún problema de constitucionalidad si las veguerías coinciden territorialmente con las cuatro provincias actuales. En este caso se frustraría la idea de organizar Cataluña en seis o siete veguerías y habría que dar marcha atrás al proceso que desde hace años se viene desarrollando de organizar los servicios de la Generalitat en el territorio en siete veguerías o demarcaciones.

Para evitar esta frustración y poder instituir una organización basada en seis o siete veguerías, cuyos consejos sustituyeran válidamente a las diputaciones provinciales, la solución a que implícitamente nos lleva la STC es a promover la modificación por ley orgánica de la división provincial de Cataluña, de manera que esta coincida con el mapa de las veguerías. Las consecuencias electorales y de

1. Por cierto, en este punto el antepenúltimo párrafo del fundamento 41 se excede al limitar las competencias autonómicas de régimen local, ya que parece proyectar a todo el régimen jurídico de las diputaciones la función reservada en exclusiva a las leyes orgánicas para modificar los límites provinciales. Este exceso sólo se puede entender como un lapsus, que deja vigente la posibilidad de que en la creación, modificación, supresión y despliegue del régimen jurídico de las provincias, en tanto que entes locales, y de las veguerías que eventualmente las sustituyen se aplicaría la regla de la competencia compartida entre bases estatales y desarrollo autonómico, limitándose la indisponibilidad total para el legislador autonómico a la alteración de los límites provinciales.

multiplicación de instancias territoriales judiciales pueden frenar la viabilidad de esta opción.

Se puede explorar una tercera vía, que no parece excluida expresamente por la STC: que, sin alterar el número de provincias (como mucho modificando parcialmente por ley orgánica alguno de sus límites), la Generalitat pueda instituir una organización en seis o siete veguerías, cuyos límites coincidan en todo caso con los exteriores de las provincias, y sean la legislación básica de régimen local y la orgánica del régimen electoral las que den cobertura a la posibilidad de que la dimensión de gobierno local de la provincia pueda ser atribuida por la Generalitat a las veguerías, aunque en algunos casos ello pueda comportar que la dimensión de ente local de una provincia corresponda a la suma de dos veguerías.

11. LAS COMPETENCIAS

- La doctrina de la Sentencia 31/2010 sobre la definición estatutaria de las categorías competenciales (251-257)
Mercè Barceló i Serramalera
- La doctrina del Tribunal Constitucional sobre la definición de competencias. Las competencias exclusivas, las compartidas y las ejecutivas (258-261)
Antoni Bayona Rocamora
- La doctrina de la Sentencia 31/2010 sobre las competencias ejecutivas (*sostenella e no enmendalla*) (262-270)
Xavier Bernadí Gil
- La doctrina del Tribunal sobre la definición de las competencias. Las competencias exclusivas, las compartidas y las ejecutivas (271-277)
Marc Carrillo López
- Los efectos de la Sentencia sobre la definición estatutaria de las competencias: la «devaluación» jurídica de los estatutos de autonomía (278-283)
Mercè Corretja Torrens
- Las categorías funcionales de competencias en el Estatuto de Autonomía de Cataluña. Comentarios a la Sentencia 31/2010 (284-289)
Ramon Riu Fortuny
- Tipología de las competencias. Su alcance funcional: los artículos 110 a 112 (290-296)
Joaquín Tornos Mas
- Alcance territorial y efectos de las competencias (297-301)
Dolors Feliu i Torrent
- Alcance territorial de las competencias autonómicas y puntos de conexión (302-307)
Clara Isabel Velasco Rico
- La competencia en materia de consultas populares por la vía de referéndum en la Sentencia 31/2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña (308-315)
Josep M. Castellà Andreu
- Comentario a la Sentencia sobre el Estatuto. Competencia en materia de consultas populares (art. 122) (316-321)
Esther Martín Nuñez
- Competencia en materia de cultura (322-327)
Raimon Carrasco Nualart
- Competencia en materia de cultura. Comentario a la Sentencia 31/2010 (328-331)
Enric Fossas Espadaler
- Sentencia 31/2010, de 28 de junio (332-339)
Ferran Badosa Coll
- Competencia en materia de derecho civil (340-345)
Joan Egea Fernàndez
- La competencia en materia de derecho civil (346-351)
Encarna Roca Trias
- La decisión sobre las competencias relacionadas con la inmigración (352-357)
Marco Aparicio Wilhelmi
- Competencia en materia de inmigración (358-364)
David Moya Malapeira
- La decisión del Tribunal Constitucional con respecto a las competencias sobre inmigración en el Estatuto de Cataluña de 2006 (365-371)
Vicenç Aguado i Cudolà
- ¿Competencias desactivadas? Consideraciones sobre la denominada *Sentencia oculata* (372-385)
Xavier Bernadí Gil

LA DOCTRINA DE LA SENTENCIA 31/2010 SOBRE LA DEFINICIÓN ESTATUTARIA DE LAS CATEGORÍAS COMPETENCIALES

Mercè Barceló i Serramalera*

A mi entender son pocas las normas estatutarias reformadas que han podido incidir en aquella parte de la distribución del poder estatal que se conoce como Constitución territorial. Sin embargo, algunas de estas se encuentran concentradas precisamente en el capítulo I del título IV, donde se define la tipología competencial sobre la base de la triple distinción entre competencias exclusivas, competencias compartidas y competencias ejecutivas.

Es sobradamente conocida la intención de la reforma estatutaria en este punto y no es difícil justificarla en clave autonómica. En el ámbito de las competencias exclusivas, del mismo ejercicio competencial resultaba una falsa exclusividad de los títulos correspondientes, bien por la permisividad de la jurisprudencia constitucional en la confluencia de otros títulos estatales desde los cuales se regulaba la materia, bien por la expansividad de las competencias estatales transversales (p. ej.: 149.1.1ª, 149.1.13ª CE), bien por la absorción competencial por parte del Estado de una materia de titularidad exclusiva autonómica con el llamamiento al interés general o la supraterritorialidad. Con respecto a las (ahora) llamadas competencias compartidas, el vaciamiento de los títulos autonómicos bajo este régimen provenía del concepto relativo de «normativa básica» avalado por el Tribunal Constitucional, de acuerdo con el cual las «bases» no tienen que tener en todo caso carácter principal sino que, en ocasiones, pueden actuar como regulaciones que ocupan un determinado sector de la materia o la materia en su totalidad, de manera que no siempre tienen que manifestarse mediante una ley en sentido formal, sino que los reglamentos administrativos o los actos meramente ejecutivos pueden incorporar excepcionalmente las bases de la ordenación (STC 147/1991). Esta doctrina jurisprudencial acabó imponiéndose en determinados ámbitos como la economía (STC 48/1988), la banca (STC 57/1983) o el medio ambiente (STC 149/1991). Finalmente, y en relación con las competencias ejecutivas, desde la STC 18/1982, el Tribunal Constitucional ha interpretado que la potestad reglamentaria autonómica tiene sólo un despliegue pleno en el ámbito de las compe-

* Mercè Barceló i Serramalera, catedrática de derecho constitucional de la Universidad Autónoma de Barcelona.

tencias exclusivas y en las de desarrollo legislativo y de ejecución de la legislación básica del Estado; estos serían, así pues, los únicos supuestos en los que las Comunidades Autónomas podrían dictar reglamentos normativos de desarrollo de la ley autonómica y estatal y reglamentos organizativos. Pero en el marco de las competencias de mera ejecución de la legislación estatal correspondería en exclusiva al Estado dictar los reglamentos normativos de su ley y, en su caso, a la potestad autonómica la posibilidad de dictar los reglamentos de organización.

No es necesario profundizar más en la extensión y eficacia de estas limitaciones no constitucionalmente previstas (todavía podría mencionarse, por ejemplo, la interpretación expansiva del Estado, avalada por el Tribunal Constitucional, del alcance material de la ley orgánica, o de la actividad de fomento del Estado) para concluir que, si bien desde la perspectiva competencial los primeros Estatutos de Autonomía procuraron alcanzar el techo máximo constitucionalmente permitido, en cambio la puesta en marcha del sistema puso de manifiesto todos los condicionamientos negativos en el despliegue inicial de las competencias autonómicas ya que una buena parte de estas, tanto desde el punto de vista cualitativo como en perspectiva cuantitativa, se vieron afectadas por la interferencia del Estado con invocaciones o fundamentos jurídicos variados (bases, títulos transversales, efectos supraterritoriales, interés general...), avallados por la jurisprudencia constitucional.

Como también es sabido, uno de los principales objetivos de la reforma estatutaria catalana consistió en mediatizar los efectos limitadores comentados, en la medida en que se entendía que la Constitución avalaba otras interpretaciones más respetuosas con la forma compuesta del Estado. En este cometido, tres fueron las técnicas utilizadas: en primer lugar, una definición general de las tipologías competenciales que distingue entre competencias exclusivas, compartidas y ejecutivas en el sentido reconocido en los artículos 110, 111 y 112 del Estatuto; en segundo lugar, la incorporación de una serie de criterios y mecanismos tendentes a preservar el nivel competencial de la Generalitat (p. ej.: incorporación de mecanismos de participación en el ejercicio de competencias estatales, de la actividad de fomento como inherente al ejercicio competencial de cada materia, o de la cláusula limitativa de la supraterritorialidad), y, en tercer lugar, una regulación muy extensa y detallada del régimen competencial de cada materia por la que se determina, incluso, la lista de submaterias que, «en todo caso», se incluyen en cada materia (el llamado «blindaje competencial»). Estas técnicas, bien conocidas y sobre las que no hay que insistir, son seguidas, en parte, por la reforma del Estatuto de la Comunidad Autónoma de Aragón y, de forma casi idéntica, por la reforma del Estatuto andaluz.

En el recurso de inconstitucionalidad contra el Estatuto catalán –los otros dos Estatutos mencionados no han sido recurridos– la parte actora oponía, en síntesis, las siguientes argumentaciones con respecto a las técnicas mencionadas: la definición de los tipos competenciales y su contenido y alcance no pueden ser objeto de un Estatuto de Autonomía; no es constitucionalmente admisible que un Estatuto disponga sobre el contenido de las competencias del Estado; no es constitucionalmente admisible que el Estatuto especifique hasta el detalle el contenido de las materias que son objeto de distribución competencial. Y, siendo este el punto de partida, el recurso se dirige, además, contra la mayor parte de listados competenciales (capítulo II, título IV).

Se llega, así, a la Sentencia que se tiene que comentar. Y lo primero que de ella sorprende es la falta de rigor interpretativo que trasluce en el examen del texto estatutario y, en consecuencia, la falta de solidez jurídica de su decisión: se desconoce, por ejemplo, por qué no habiendo transcurrido aún tres años desde que dictó la Sentencia 247/2007 sobre el Estatuto valenciano, la Sentencia 31/2010 se aparta de esta última, entre otros aspectos, en cuanto al valor del Estatuto como norma que opera como instrumento fundamental en el reparto competencial (el más absoluto silencio al respecto; ningún intento, pues, de reconducción por vía interpretativa); tampoco se acaba de entender por qué unos preceptos se declaran inconstitucionales (art. 111) y mientras otros, con la misma evidencia de inconstitucionalidad según los razonamientos jurisprudenciales, reciben una interpretación conforme expresándose así en el fallo (art. 110 y 112); además, escapa a cualquier lógica intentar dilucidar por qué en ocasiones algunos de los preceptos reinterpretados se llevan al fallo y otros que también lo han sido (la mayor parte de las materias competenciales a las que se da una determinada interpretación, p. ej.: art. 121 y 125) no se hallan; y se desconoce por qué el parámetro de constitucionalidad, en el análisis que se hace de los listados competenciales estatutarios, está constituido exclusivamente por las competencias estatales reinterpretadas de acuerdo con la jurisprudencia constitucional y no forma parte del mismo, en cambio, el propio texto constitucional (que es más abierto, evidentemente, que la jurisprudencia interpretativa, la cual siempre tiene que escoger una entre diversas opciones del texto). En fin, todo lleva a pensar que la fina línea entre razonamiento político y razonamiento jurídico trazada, entre otros instrumentos pero fundamentalmente, por el uso o no de *topois* hermenéuticos sobradamente reconocidos y por lo común utilizados en la interpretación constitucional, ha sido traspasada por esta Sentencia, la cual, precisamente por su trascendencia política, hubiera debido afinar y evidenciar el uso de los criterios interpretativos jurídicos seguidos.

Nada de esto se ha hecho. Y lo que más preocupa es que, seguramente, tampoco se ha querido hacer. Esta sospecha proviene de lo que se indica en la Sentencia 31/2010 como eje central (siete cortos párrafos de los FFJJ 57 y 58) en torno al cual gira el examen del título IV del Estatuto, que, muy brevemente expuesto, es en síntesis el siguiente: 1º. Un límite cualitativo al contenido del Estatuto es el que excluye como cometido de esta norma la definición de categorías constitucionales; y 2º. Este cometido corresponde en exclusiva al poder constituyente; como también le corresponde al Tribunal Constitucional que se convierte así en una suerte de poder constituyente que actualiza y acomoda el sentido de la Constitución a las circunstancias del tiempo histórico. Afirmado literalmente: «En su condición de intérprete supremo de la Constitución, el Tribunal Constitucional es el único competente para la definición auténtica –e indiscutible– de las categorías y principios constitucionales. Ninguna norma infraconstitucional, justamente por serlo, puede hacer las veces de poder constituyente prorrogado o sobrevenido, formalizando uno entre los varios sentidos que pueda admitir una categoría constitucional. Ese cometido es privativo del Tribunal Constitucional» (FJ 57). Por lo tanto, y en definitiva: la STC 31/2010 aporta en este punto tres grandes novedades: *a*) crea un nuevo poder constituyente llamado Tribunal Constitucional; *b*) desaparece, por lo tanto, el órgano que formaba parte de los poderes constituidos –el Tribunal Constitucional– como máximo intérprete (que no único) de la Constitución, y *c*) degrada el papel de los Estatutos de Autonomía a textos que, a pesar de ser los que cierran la distribución del poder estatal por mandato del artículo 147.1.d CE, constituyen ahora meras normas informativas, descriptivas, es decir, a «no normas», según convenga a aquel nuevo poder constituyente acabado de crear.

A partir de estas novedades que actúan, como se decía, como punto de partida desde el que se hace el análisis del título IV del Estatuto, lo que decide la STC 31/2010 en relación con la definición estatutaria de las categorías competenciales, muy resumidamente, es lo siguiente:

a) La definición de los tipos competenciales no es inconstitucional. Sin embargo, es meramente indicativa ya que quien en todo caso interpreta el alcance de cada régimen competencial es el Tribunal Constitucional: «[...] los Estatutos de Autonomía [pueden] relacionar sin definir, esto es, sin otro ánimo que el descriptivo de una realidad normativa que le es en sí indisponible». [...] «Tal es, en definitiva, el sentido que les cabe a las previsiones incluidas en los arts. 110, 111 y 112 EAC, constitucionalmente aceptables en la medida en que, con la referida voluntad de descripción y

de sistema, se acomoden a la construcción normativa y dogmática que cabe deducir de nuestra jurisprudencia en cada momento histórico, es decir, sin que su formalización como expresión de la voluntad del legislador orgánico estatutario suponga un cambio en su cualidad normativa, que será siempre, de no mediar una reforma expresa de la Constitución, la propia del ejercicio de nuestra jurisdicción. Esto es, sin que en modo alguno se sustraiga a este Tribunal la facultad de modificar o revisar en el futuro la doctrina ahora formalizada en los preceptos examinados» (FJ 58). Esta interpretación no se lleva al fallo.

b) La definición de competencias exclusivas (art. 110) es constitucional, aunque hay que interpretarla de manera que la exclusividad y la integridad que se atribuyen como notas características de este régimen se excepcionan siempre que el Tribunal Constitucional entienda que en aquel ámbito material concurre (se utiliza erróneamente este concepto en la Sentencia en lugar del de confluencia que es propiamente lo que puede suceder) una competencia estatal, que será la que entonces actúe: «En definitiva, el art. 110 EAC no es contrario a la Constitución en tanto que aplicable a supuestos de competencia material plena de la Comunidad Autónoma y en cuanto no impide el ejercicio de las competencias exclusivas del Estado *ex art. 149.1 CE*, sea cuando éstas concurren con las autonómicas sobre el mismo espacio físico u objeto jurídico, sea cuando se trate de materias de competencia compartida, cualquiera que sea la utilización de los términos «competencia exclusiva» o «competencias exclusivas» en los restantes preceptos del Estatuto, sin que tampoco la expresión «en todo caso», reiterada en el Estatuto respecto de ámbitos competenciales autonómicos, tenga otra virtualidad que la meramente descriptiva ni impida, por sí sola, el pleno y efectivo ejercicio de las competencias estatales» (FJ 59).

c) La definición de competencias compartidas es inconstitucional y, por lo tanto, nulo el inciso del artículo 111 EAC «como principios o mínimo común normativo en normas con rango de ley, excepto en los supuestos que se determinen de acuerdo con la Constitución y con este Estatuto». El motivo de inconstitucionalidad es que el Estatuto recoge en esta definición sólo una de las posibles formas que pueden adoptar las «bases» según ha establecido la jurisprudencia constitucional: «[...] el precepto no se atiene estrictamente al concepto constitucional de las bases estatales, toda vez que las reduce a los «principios o mínimo común normativo» fijados por el Estado «en normas con rango de ley», cuando es lo cierto que, conforme a nuestra jurisprudencia, siendo aquél el contenido que mejor se acomoda

a la función estructural y homogeneizadora de las bases y ésta la forma normativa que, por razones de estabilidad y certeza, le resulta más adecuada (por todas, STC 69/1988, de 19 de abril), no lo es menos que también es posible predicar el carácter básico de normas reglamentarias y de actos de ejecución del Estado (STC 235/1999, de 16 de diciembre), y son factibles en las bases un alcance diferente en función del subsector de la materia sobre la que se proyecten e incluso sobre el territorio (SSTC 50/1990, de 6 de abril, y 147/1991, de 4 de julio, respectivamente). Y ello no como pura excepción al criterio que para el art. 111 EAC constituye la regla de principio (base principal o de mínimo normativo, formalizada como ley), sino como elementos de la definición del contenido y alcance de la competencia atribuida al Estado cuando éste es el titular de la potestad de dictar las bases de la disciplina de una materia determinada. El art. 111 EAC no se ajusta, por tanto, al cometido de la sistematización de las categorías del régimen constitucional de distribución de competencias que, según tenemos repetido, puede desempeñar, sino que, elevando a regla esencial una sola de las variables admitidas por este Tribunal en la definición del concepto de las bases estatales, termina por definir el ámbito competencial del Estado. Si las bases son «principios» o «normación mínima» no es asunto a dilucidar en un Estatuto, sino sólo en la Constitución, vale decir: en la doctrina de este Tribunal que la interpreta» (FJ 60).

d) La definición de competencias ejecutivas (art. 112 EAC) es constitucional, siempre que se interprete de acuerdo con la concepción material del Tribunal Constitucional respecto del término «legislación», que, referido a las potestades del Estado, incluye tanto la ley en sentido formal como el reglamento de ejecución. En no muchas líneas se llega a esta conclusión: «Sólo entendida en esa concreta dimensión, la potestad reglamentaria a que se refiere el art. 112 EAC, limitada a la emanación de reglamentos de organización interna y de ordenación funcional de la competencia ejecutiva autonómica, no perjudica a la constitucionalidad del art. 112 EAC» (FJ 61).

e) Finalmente, y con respecto al llamado blindaje competencial, tampoco se declara inconstitucional esta técnica siempre que se entienda que aquel es meramente indicativo y que el «en todo caso» no excluye la confluencia de competencias estatales cuando el Tribunal Constitucional considere que están presentes: «En cuanto a la técnica seguida en ocasiones por el Estatuto de atribuir competencias materiales a la Generalitat que se proyectan «en todo caso» sobre las submaterias correspondientes, ya hemos afirmado (fundamento jurídico 59) que dicha expresión ha de entenderse

en sentido meramente descriptivo o indicativo de que dichas submaterias forman parte del contenido de la realidad material de que se trate, pero sin que las competencias del Estado, tanto si son concurrentes como si son compartidas con las de la Comunidad Autónoma, resulten impedidas o limitadas en su ejercicio por esa atribución estatutaria «en todo caso» de competencias específicas a la Generalitat. Éste es el sentido en que habrá de ser entendida dicha expresión que figura en determinados preceptos impugnados (art. 117.1; 118.1 y 2; 120.1, 2 y 3; 121.1 y 2; 123; 125.1 y 4; 127.1 y 2; 131.3; 132.1; 133.1 y 4; 135.1; 139.1; 140.5 y 7; 147.1; 149.3; 151; 152.4; 154.2; 155.1; 166.1, 2 y 3; 170.1 y 172.2), lo que nos evitará volver sobre este extremo al enjuiciar cada uno de ellos» (FJ 64).

Este es, pues, el resultado final del proceso de reforma estatutaria en lo relativo al sistema de distribución competencial y, en concreto, a la introducción de las definiciones incorporadas en los artículos 110, 111 y 112 EAC sobre los diferentes regímenes competenciales. Y si se quieren cerrar estos breves apuntes con una primera impresión al respecto también se puede hacer con una breve conclusión: el título IV del Estatuto de 2006 ha resultado radicalmente desactivado por la STC 31/2010. Se ha desvanecido cualquiera de los propósitos de la reforma en cuanto al reforzamiento del autogobierno en perspectiva competencial. Con suerte, se habrá regresado al punto previo al de la reforma.

Pero, claro está, el asombro es sincero. Y lo es porque no se deja abierta vía alguna para el debate en el ámbito de nuestra disciplina, porque no es posible construir respuestas razonadas y razonables jurídicamente frente a la decisión de la STC 31/2010 si el punto de partida es, de una parte, la autoproclamación del Tribunal como una suerte de poder constituyente-actualizador de la Constitución, mientras que, de otra, y colisionando con la más reciente jurisprudencia sobre el tema (STC 247/2007) y con el mandato constitucional del artículo 147.2.d CE, se relega al Estatuto a una especie de código de buenas prácticas. A partir de aquí, pues, como el Tribunal Constitucional se autoirroga la capacidad de decisión arbitraria (entiéndase como posibilidad de decisión no sometida materialmente ni al texto constitucional por el hecho de provenir del poder constituyente) en los procesos de toma de decisiones, escasos argumentos jurídicos le son oponibles.

LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA DEFINICIÓN DE COMPETENCIAS. LAS COMPETENCIAS EXCLUSIVAS, LAS COMPARTIDAS Y LAS EJECUTIVAS

Antoni Bayona Rocamora*

Una de las características que se han destacado del modelo de organización territorial que establece el título VIII de la Constitución es que el diseño constitucional deja un amplio espacio para la concreción de este modelo, que requiere de un complemento normativo específico como son los Estatutos de Autonomía. Los Estatutos son, en definitiva, los que dan contenido real al principio dispositivo en materia autonómica en el que se basa la Constitución, de manera que sin el Estatuto no hay autonomía, ni tampoco una definición a priori de su dimensión concreta.

El Estatuto es, pues, una pieza clave de este modelo en la medida en que lleva a cabo la función constitucional de hacerlo efectivo y darle contenido. En este sentido sería válida la afirmación de que el título VIII es una parte de la Constitución en buena parte «desconstitucionalizada», en coherencia con el protagonismo que en este contexto deben tener los Estatutos.

El artículo 147.2 CE determina los contenidos mínimos y necesarios de los Estatutos, entre los que cabe destacar la función de definir las competencias que asume la Comunidad Autónoma en el «marco» establecido por la Constitución (letra *d* del apartado 2). Es difícil negar, por lo tanto, el papel del Estatuto en este ámbito en la medida en que, por mandato constitucional, es la norma que acaba haciendo la delimitación competencial entre el Estado y la Generalitat y ello lo hace, además, en un contexto relativamente abierto y flexible, como lo pone de relieve la utilización de la expresión «marco» que utiliza el precepto constitucional al referirse a las competencias y que hay que reconducir singularmente al artículo 149.1, que menciona las competencias que, en todo caso, corresponden en exclusiva al Estado.

Uno de los objetivos básicos perseguidos por la reforma del Estatuto era incidir en este ámbito del contenido material del autogobierno, entendiendo que el Estatuto, como norma que complementa la Constitución y ejerce una fun-

* Antoni Bayona Rocamora, letrado del Parlamento de Cataluña.

ción constitucional clara e inequívoca en este campo, tenía un margen de recorrido importante para incidir en dos aspectos: por un lado, la definición de las categorías competenciales en relación con las competencias asumidas por la Generalitat (competencias exclusivas, compartidas y ejecutivas), y, por otro, una mayor precisión y detalle en los enunciados de las materias que son el sustrato de cada competencia, con la correspondiente calificación según las categorías generales establecidas. Esto es lo que hace el Estatuto en el título IV (artículos 110 a 173), en la que es, sin duda, una de las partes más relevantes e importantes de la norma, por no decir la que más.

Este planteamiento estatutario no obedece a una finalidad teórica o meramente conceptual, sino que responde a un objetivo práctico como es el de clarificar las situaciones competenciales como consecuencia de la experiencia de funcionamiento obtenida hasta ahora y de garantizar los espacios propios de la Generalitat frente al Estado, tanto con respecto a los sectores competenciales propiamente dichos, como a las potestades ejercibles y su intensidad. En este último sentido, cabe destacar de manera especial la importancia de los artículos 110, 111 y 112 EAC, sobre todo en el intento que suponen de reforzar la noción de exclusividad de las competencias y de dar mayor seguridad jurídica y claridad al esquema competencial resultante de los supuestos en que el Estado tiene reconocida por la Constitución una competencia legislativa «básica» (competencias compartidas).

El impacto de la STC sobre este ámbito estatutario ha sido muy grande y bastante negativo, porque en la práctica la Sentencia supone que las definiciones que contiene el Estatuto no son determinantes en sí mismas, en la medida en que el Tribunal ha considerado que la definición competencial sólo tiene dos parámetros vinculantes: la Constitución y la doctrina que establezca el propio Tribunal como intérprete supremo de la Constitución.

Este planteamiento supone privar al Estatuto de su función constitucional y echarlo, *de facto*, del bloque de la constitucionalidad. En este punto –y en muchos otros también– la Sentencia muestra de manera evidente un poso ideológico preventivo hacia el Estatuto que lo lleva a considerarlo más como una ley autonómica que como una ley estatal cualificada como lo que en realidad es.

Para desactivar el papel del Estatuto, el Tribunal utiliza como un argumento importante la doctrina establecida en su momento respecto de la LOAPA (STC 76/1983, de 5 de agosto), sobre la inconstitucionalidad de las normas interpretativas de la Constitución, pero olvidando que esta doctrina se refiere al legislador ordinario (como era aquel caso), pero no al legislador que en virtud de una previsión expresa de la misma Constitución cumple una función de de-

sarrollo constitucional. La aproximación que hace el Tribunal a esta cuestión es especialmente criticable porque expulsa al Estatuto del cumplimiento de esta función y desvirtúa de esta forma el mismo diseño constitucional.

Desde el punto de vista práctico, la Sentencia tiene especial trascendencia porque, más allá de las declaraciones de inconstitucionalidad o interpretativas concretas, determina la pérdida del valor jurídico del Estatuto como tal. En las partes no afectadas por la Sentencia, el Tribunal admite la constitucionalidad de las determinaciones competenciales, pero dando por sentado que tienen esencialmente un valor «descriptivo» que tiene que pasar siempre por el filtro que supone la jurisprudencia presente y futura del Tribunal como intérprete de la Constitución.

Entre otras cosas, esto se traduce en la desnaturalización del concepto de competencia exclusiva, concepto que la Sentencia relativiza totalmente, cuando hace prevalecer, por encima de las definiciones estatutarias, el juego sin límites de las competencias estatales del artículo 149.1 CE. Otro efecto muy importante de la Sentencia es el de evitar que el Estatuto contemple las competencias compartidas desde una perspectiva que enfatiza la naturaleza legislativa de las competencias básicas y su alcance limitado derivado del necesario respeto al espacio competencial autonómico. En este punto, el Tribunal deja bien claro que las bases pueden extenderse al ámbito reglamentario e incluso ejecutivo y rechaza la idea de que las bases se deban considerar necesariamente como principios o mínimo común normativo contenidos en normas con rango de ley, salvo los supuestos excepcionales que determinen la Constitución y el Estatuto. En el ámbito de las competencias ejecutivas, el Tribunal también rechaza la propuesta ciertamente molesta del artículo 112 EAC, en el sentido de permitir a la Generalitat ejercer una potestad reglamentaria de segundo grado, potestad que el Tribunal circunscribe a los ámbitos estrictamente organizativos o vinculados directamente a la prestación de servicios o a aspectos meramente funcionales de las tareas administrativas de ejecución.

Como ya se ha señalado antes, la idea que impregna la Sentencia en este apartado competencial es la voluntad del Tribunal de monopolizar la interpretación del sistema de competencias considerando como único parámetro vinculante la Constitución, pero no el Estatuto. Por esta razón, el contenido de la Sentencia no es sólo trascendente en aquellas partes declaradas inconstitucionales o sometidas a una declaración interpretativa, sino también en todos los otros preceptos estatutarios sobre los cuales, como consecuencia de la impugnación, el tribunal formula criterios interpretativos en los fundamentos jurídicos correspondientes.

Los efectos y la contundencia de la Sentencia parecen impedir de cara al futuro la utilización de la vía estatutaria para garantizar y mejorar el contenido material del autogobierno. Ante este escenario habrá que buscar a corto plazo otras fórmulas menos seguras y condicionadas por la coyuntura política, pero que pueden tener su eficacia siempre que el Estado se quiera implicar. Estas vías podrían consistir, entre otras, en la autoimposición del Estado de límites en el ejercicio de sus competencias, especialmente las básicas, o incluso en la introducción sistemática en las leyes que afecten a las competencias de la Generalitat de una cláusula expresa de adaptación del contenido de la misma ley a las previsiones competenciales previstas en el Estatuto (una cláusula de este tipo es la que contempla, por ejemplo, la Disposición final segunda del Estatuto Básico del Empleado Público).

LA DOCTRINA DE LA SENTENCIA 31/2010 SOBRE LAS COMPETENCIAS EJECUTIVAS (*SOSTENELLA E NO ENMENDALLA*)

Xavier Bernadí Gil*

1. Competencias ejecutivas y potestad reglamentaria: *sostenella e no enmendalla*

Dentro del capítulo relativo a la tipología de las competencias, el artículo 112 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC) señala que «corresponde a la Generalitat, en el ámbito de sus competencias ejecutivas, *la potestad reglamentaria*, que comprende la aprobación de *disposiciones para la ejecución de la normativa del Estado*, y también la función ejecutiva, que en todo caso incluye *la potestad de organización* de su propia administración y, en general, todas las funciones y actividades que el ordenamiento atribuye a la Administración pública».

Con esta redacción –bastante matizada–, el artículo 112 pretendía incorporar a las competencias ejecutivas de la Generalitat la potestad reglamentaria sustantiva, o con efectos *ad extra*. Sin embargo, hay que destacar que no se trataba de asumir *toda* la potestad reglamentaria de forma íntegra –entendiendo el término *legislación* en sentido formal, de manera que la competencia estatal quedara limitada exclusivamente a las normas con rango de ley–, sino de afirmar, mucho más modestamente, que en el ámbito de sus competencias ejecutivas la Generalitat estaría habilitada para desarrollar o completar la *normativa* (leyes y reglamentos) *del Estado*, es decir, para ejercer una potestad reglamentaria de segundo nivel o de carácter complementario.

La STC 31/2010 ha frustrado completamente este objetivo: «Cuestión distinta es si la competencia ejecutiva de la Generalitat puede ejercerse, a partir de “la normativa (legal y reglamentaria) del Estado”, no sólo como función ejecutiva *stricto sensu*, sino también como potestad reglamentaria de alcance general. La respuesta es, de acuerdo con nuestra doctrina, claramente negativa [...]» (FJ 61). Al menos aquí el Tribunal ha sido sincero: la respuesta es claramente negativa... de acuerdo –únicamente– con su doctrina, ya que en este punto la Constitución no contiene ningún pronunciamiento, ni explícito ni implícito, ni

* Xavier Bernadí Gil, profesor de derecho administrativo de la Universidad Pompeu Fabra.

contiene ningún elemento que permita fundamentar o llegar a una decisión como esta. El único parámetro de enjuiciamiento es, por lo tanto, la doctrina tradicional del Tribunal, una doctrina discutible y discutida, construida sobre argumentos particularmente débiles, cuando no del todo erróneos, que la Sentencia no únicamente no enmienda, sino que mantiene del todo vigente con una seguridad sorprendente.

Inicialmente el Tribunal Constitucional reconoció que «la expresión “legislación laboral” utilizada en el artículo 149.1.7^a de la Constitución Española (y en términos equivalentes en el art. 11.2 del Estatuto de Cataluña) *ofrece, ciertamente, más de una interpretación [...]*» (STC 33/1981, FJ 3), que «ante todo, es menester huir de interpretaciones meramente literales, pues *tanto los conceptos de “legislación” como de “ejecución” son lo suficientemente amplios [...]*» (STC 18/1982, FJ 3) y que «*de legislación se ha hablado y se continúa hablando, como es sabido, en más de un sentido*» (STC 39/1982, FJ 7). Pero bien pronto, ya en el año 1982, el Tribunal haría dos auténticos descubrimientos. Por una parte, descubrió cuál era la voluntad de la Constitución: «cuando la Constitución emplea el término “legislación laboral” y la atribuye a la competencia estatal incluye también en el término los reglamentos tradicionalmente llamados ejecutivos, es decir, aquellos que aparecen como desarrollo de la Ley y, por ende, como complementarios de la misma, pues si ello no fuera así se frustraría la finalidad del precepto constitucional de mantener una *uniformidad en la ordenación jurídica de la materia*» (STC 18/1982, FJ 7). Y, por otra, descubrió la consecuencia que se desprendía de ello: «cuando la Constitución en su artículo 149 utiliza el concepto de legislación como criterio definidor del ámbito en que las CCAA pueden adquirir competencias propias, tal concepto ha de ser entendido, en consecuencia, *en sentido material*, sea cual fuere el rango formal de las normas» (STC 35/1982, FJ 2). El resumen de su doctrina lo encontramos formulado, con contundencia, en la STC 103/1999: «nuestra doctrina general en torno al deslinde entre “legislación” y “ejecución” puede resumirse diciendo que la competencia de “legislación” ha de entenderse en sentido material, refiriéndose, por tanto, no sólo a la ley en sentido formal, sino también a los reglamentos ejecutivos e, incluso, a las Circulares, si tienen naturaleza normativa. Por su parte la competencia de “ejecución” se extiende generalmente a todos los actos aplicativos, esto es, a la potestad de administrar que comporta, junto a las facultades de mera gestión, la de dictar reglamentos internos de organización de los servicios correspondientes en la medida en que éstos sean necesarios para la mera estructuración interna de la organización administrativa» (FJ 4).

Esta doctrina del Tribunal, más allá de pequeños matices, se ha mantenido inalterada durante casi treinta años y sigue invariable hoy, a pesar de los esfuerzos realizados por el texto estatutario, de la mano de la STC 31/2010.

2. La «regulación de la propia competencia funcional de ejecución»: una novedad relativa con un alcance insignificante o muy limitado

Justo después de negar que las competencias ejecutivas puedan comprender la potestad reglamentaria de alcance general, el Tribunal añade que «es pacífico que en el ámbito ejecutivo puede tener cabida una competencia normativa de carácter funcional de la que resulten reglamentos internos de organización de los servicios necesarios para la ejecución *y de regulación de la propia competencia funcional de ejecución y del conjunto de actuaciones precisas para la puesta en práctica de la normativa estatal*» (STC 51/2006, de 16 de febrero, FJ 4). ¿Hay alguna novedad, aquí? ¿Se abre alguna rendija por donde pueda entrar una cierta capacidad normativa autonómica mínimamente relevante? A nuestro juicio, no.

El Tribunal Constitucional ya afirmó desde el principio que los reglamentos estrictamente organizativos, a diferencia de los reglamentos ejecutivos, sí que formaban parte de la competencia ejecutiva. Se utiliza aquí la vieja y problemática distinción dogmática entre reglamentos jurídicos (*ad extra*) y reglamentos no jurídicos u organizativos (*ad intra*), para reconocer que estos últimos pertenecen al titular de la competencia de ejecución, afirmación bastante superflua, dado que se podría llegar a la misma conclusión desde la potestad de autoorganización propia de cualquier Administración territorial.

La novedad podría estar, por lo tanto, en la facultad relativa a la regulación de la propia competencia funcional de ejecución y del conjunto de actuaciones precisas para la puesta en práctica de la normativa estatal. La expresión «regulación de la propia competencia funcional» aparece por primera –y, hasta ahora, única– ocasión en la STC 51/2006, de 16 de febrero, en la que se juzgaba el Reglamento General sobre Procedimientos para la Imposición de Sanciones por Infracciones de Orden Social, aprobado por el Real Decreto 928/1998. Este Real Decreto regulaba las actuaciones de los inspectores y subinspectores de trabajo en el ámbito mencionado (determinaciones que se consideraban competencialmente correctas, al tratarse de «legislación» sobre el procedimiento sancionador). Pero también establecía, en algunos supuestos en que la competencia sancionadora correspondía a la Generalitat, que la intervención de los miembros de

aquellos cuerpos nacionales comportaría que asumieran la instrucción del procedimiento. Es, concretamente, esta atribución lo que «impide a la Generalitat de Cataluña la designación como órgano instructor de la persona o unidad administrativa que estime oportuno, en el marco de las facultades que le corresponden *para la regulación de su propia competencia funcional* y para la organización de los servicios necesarios para ello» (FJ 7). Nos encontramos, según el Tribunal, ante una «cuestión de organización administrativa» y, más concretamente, ante la competencia de la Generalitat «para la ordenación de la tramitación del procedimiento sancionador», la cual «posee una dimensión meramente aplicativa o ejecutiva que se relaciona directamente con la organización de los servicios que han de realizarla» (íd., íd.).

En un supuesto anterior (STC 148/2000, de 1 de junio) encontramos un pronunciamiento (que podría considerarse como un antecedente de lo que acabamos de ver) donde se alude al «ámbito de la competencia funcional» y se equipara esta expresión con «el modo o forma concretos en que las tareas [...] han de realizarse» o con «el modo concreto de llevar a la práctica los cometidos» (FJ 8). Y la propia STC 31/2010, cuando analiza la legitimidad de atribuir a la Generalitat «la regulación del funcionamiento, la organización y el régimen de personal», como facultad correspondiente a la competencia ejecutiva sobre los archivos, las bibliotecas, los museos y los centros de depósito cultural de titularidad estatal (art. 127.2 EAC), rechaza la impugnación con el argumento que «de acuerdo con lo que dijimos al examinar el art. 112 EAC (fundamento jurídico 61) el alcance de la competencia ejecutiva autonómica *se extiende a la regulación del funcionamiento* y organización de estos museos y *de su personal*, sin perjuicio de que todo ello se someta a la competencia normativa del Estado» (FJ 73).

En fin, las competencias ejecutivas permiten ejercer una cierta capacidad normativa que, además de los reglamentos internos de organización o estructuración de los servicios, también permiten «regular» el *funcionamiento* de estos servicios, el *modo o la forma* concretos con que hay que realizar las tareas, la *ordenación de la tramitación de los procedimientos* administrativos que se impulsen o la organización de algunos de los *recursos* necesarios, como el personal, bajo el condicionante permanente de las disposiciones normativas que dicte el Estado. A nuestro juicio no estamos ante elementos nuevos que excedan la esfera organizativa, sino ante diversas dimensiones o perspectivas de este mismo fenómeno organizativo.

3. Crítica de la doctrina del Tribunal Constitucional

Antes de iniciar la crítica a la doctrina contenida en la STC 31/2010, hay que aportar dos elementos en «descargo» del Tribunal. En primer lugar, hay que recordar que el *Informe sobre la reforma de l'Estatut*¹ contenía la recomendación siguiente: «la redacción escogida tendría que afirmar que las competencias de ejecución llevan implícita la potestad reglamentaria sustantiva, además de la organizativa, con una especial claridad y precisión, ya que sólo de esta forma se puede hacer variar la jurisprudencia constitucional sobre este punto». La propuesta de reforma aprobada por amplia mayoría por el Parlamento de Cataluña el 30 de septiembre de 2005 acogió esta recomendación al incorporar en el art. 112 la redacción siguiente: «Corresponde a la Generalitat, en las materias en que el presente Estatuto le atribuye la función ejecutiva, la potestad reglamentaria, que comprende la aprobación de reglamentos de desarrollo y la ejecución de la normativa del Estado dictada para establecer la ordenación general de la materia [...]». Visto el comportamiento del Tribunal en la STC 31/2010, una redacción como esta hubiera merecido muy probablemente una declaración de inconstitucionalidad, pero el hecho es que la opción final por la fórmula más ambigua de las «disposiciones para la ejecución de la normativa del Estado» (conjuntamente con la supresión de la referencia a la *ordenación general de la materia*) es lo que ha permitido al Tribunal optar por una interpretación conforme del artículo 112 EAC.

En segundo lugar, no podemos olvidar que la interpretación del Tribunal se limita a acoger la propuesta interpretativa que le ofrece el abogado del Estado en sus alegaciones: «dado que el propio art. 112 EAC 2006 reconoce que el Estado puede dictar normas reglamentarias necesariamente habrá de entenderse que la potestad reglamentaria incluida en la ejecución autonómica *se contrae a regular su propia competencia funcional de ejecución* de las leyes y reglamentos estatales, *sin que alcance a desarrollar con efectos jurídicos ad extra* las mencionadas normas estatales [...]. Así interpretado, el art. 112 EAC 2006 es conforme con el orden constitucional de competencias [...] la referencia a la potestad reglamentaria autonómica *debe interpretarse en clave exclusivamente de organización y, más en general, de regulación de la propia competencia funcional*».² No hace falta decir que la propuesta de desactivación del Estatuto contenida en las

1. Documento elaborado por el Instituto de Estudios Autonómicos el año 2003 que tendría una notoria influencia en los trabajos de elaboración del Estatuto. Vid. la pág. 101.

2. Alegaciones formuladas por el Abogado del Estado, en nombre del Gobierno de la Nación, en el recurso de inconstitucionalidad nº 8045/2006, pág. 92-93.

alegaciones que el abogado del Estado formula en nombre del Gobierno central merecería un estudio en profundidad que, desgraciadamente, sigue inédito.

La crítica de la doctrina tradicional del Tribunal Constitucional sobre las competencias ejecutivas y la potestad reglamentaria la hemos realizado anteriormente en otros lugares, a los que ahora nos remitimos.³ El mantenimiento de esta doctrina en la STC 31/2010 nos obliga a mantener e intensificar esta crítica, de acuerdo con las consideraciones que acto seguido dejamos apuntadas.

Debe subrayarse, en primer lugar, que el Tribunal todavía no se ha interrogado sobre la finalidad perseguida por la Constitución al permitir que la ejecución de la legislación del Estado corresponda, en diversos casos, a las Comunidades Autónomas. Si la finalidad constitucional de atribuir la legislación al Estado era, según el TC, la de alcanzar la uniformidad en la regulación jurídica de una materia, ¿qué objetivo persiguen la Constitución y los Estatutos al atribuir a las Comunidades Autónomas la ejecución de esta legislación?

En segundo lugar, causa una cierta sorpresa el hecho de que el alto tribunal haya dejado de atender las opiniones doctrinales en la materia. Cuando, en la decisiva STC 18/1982, el Tribunal creó la regla constitucional de acuerdo con la cual los reglamentos ejecutivos formaban parte del concepto de legislación, se basó, entre otros argumentos, en el hecho de que «no puede desconocerse el carácter que la moderna doctrina atribuye a la potestad reglamentaria como una técnica de colaboración de la Administración con el poder legislativo». A partir de aquí parece que los magistrados del Tribunal hayan dejado de leer. Porque si lo hubieran hecho no podrían desconocer las aportaciones realizadas por bastantes autores (Albertí, Argullol, Bayona, Bernadí, Cruz Villalón, Jiménez Asensio, Muñoz Machado, Salas, Tornos) en el sentido de que la Constitución no imponía una solución concreta y que la adoptada por el Tribunal derivaba, más bien, de una interpretación concreta del texto de los Estatutos, que podían admitir otras. Ciertamente, no se puede pedir que el Tribunal se deje convencer por unas u otras opiniones doctrinales, pero quizás sería exigible, o bastante conveniente, que dejara constancia de este debate y que dedicara un mínimo esfuerzo a desautorizar las voces que sostienen interpretaciones diferentes al supremo intérprete de la Constitución.

Y aquí llegamos a la crítica fundamental. Ante el silencio constitucional más absoluto sobre el sentido competencial de los términos de «legislación» y «ejecución», ¿qué debe prevalecer, la doctrina clásica del Tribunal Constitucio-

3. Véase *El poder d'administrar en l'Estat autonòmic* (Barcelona: IEA, 2007) y «Competencias ejecutivas y potestad reglamentaria» en *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, nº 6 (2008).

nal o las opciones tomadas por unas normas jurídicas tan peculiares como los Estatutos de Autonomía? Esta es la cuestión. El dictamen sobre la propuesta de reforma estatutaria emitido por el Consejo Consultivo de la Generalitat el 1 de septiembre de 2005 entendió que la doctrina reiterada y uniforme del Tribunal sobre las competencias ejecutivas y la potestad reglamentaria no se fundamentaba en una interpretación de la Constitución, sino en la de los Estatutos de Autonomía, de forma que si el Estatuto se modificaba sin vulnerar el texto de la Constitución la doctrina del Tribunal podría ser modificada.⁴ El propio Tribunal recuerda de forma sintética la opinión general del Parlamento y el Gobierno catalanes en el mismo sentido: «la doctrina constitucional establecida hasta el momento –por lo demás, insisten, asumida y respetada en el Estatuto recurrido– no puede oponerse como un límite infranqueable y absoluto a la obra del nuevo legislador estatutario» (STC 31/2010, FJ 56, *in fine*).

Pues bien, eso es lo que hace, precisamente, el Tribunal: oponer, a la obra del nuevo legislador estatutario su doctrina anterior, como un límite infranqueable y absoluto. El Tribunal deja de ser un legislador negativo y se convierte en un tipo de poder constituyente infalible y permanente. De aquí que no le haga falta ni leer ni, prácticamente, justificar sus posicionamientos: «Qué sea legislar, administrar, ejecutar o juzgar [...] son cuestiones que, por constitutivas del lenguaje en el que ha de entenderse la voluntad constituyente, no pueden tener otra sede que la Constitución formal, ni más sentido que el prescrito por su intérprete supremo (art. 1.1 LOTC)» (FJ 57); «El Estatuto puede atribuir una competencia legislativa sobre determinada materia, pero qué haya de entenderse por “competencia” y qué potestades comprenda la legislativa frente a la competencia de ejecución son presupuestos de la definición misma del sistema en el que el Ordenamiento consiste y, por tanto, reservados a la Norma primera que lo constituye» (í.d.); «En su condición de intérprete supremo de la Constitución, el Tribunal Constitucional es el único competente para la definición auténtica –e indiscutible (sic!)– de las categorías y principios constitucionales» (í.d., *in fine*); «Tales potestades [legislativa, reglamentaria y ejecutiva] serán siempre y sólo las que deriven de la interpretación de la Constitución reservada a este Tribunal y, de no mediar la oportuna reforma constitucional, su contenido y alcance no será sino el que eventualmente resulte de la propia evolución de nuestra doctrina» (FJ 58). La interpretación de los Estatutos –interpretación que el Tribunal había utilizado para fundamentar sus opciones interpretativas en la

4. Dictamen nº 269, publicado en el BOPC nº 217, de 6.9.2005, pág. 32-33.

materia— deja de tener sentido. Y también pierde todo su sentido el texto que propongan estos Estatutos, con la pretensión de completar el sistema de reparto competencial, en caso de silencio constitucional y a través de soluciones que no violenten la Constitución.⁵

El tema de las competencias ejecutivas y la potestad reglamentaria es un testigo muy evidente de la contundencia y la falta de deferencia de la STC 31/2010 con los Estatutos de Autonomía. En efecto, a diferencia del tratamiento estatutario de las bases estatales (artículo 111 EAC, «que las reduce a los “principios o mínimo común normativo” fijados por el Estado “en normas con rango de ley”») (FJ 60), el artículo 112 no predetermina, ni condiciona, ni limita la «normativa del Estado», la cual podía tener la anchura y la intensidad deseada en cada momento por las instituciones estatales, así como la capacidad de dirigir, condicionar e incluso excluir las normas autonómicas de despliegue. El Estatuto sólo apuntaba hacia la compartición de la potestad reglamentaria sustantiva, ordenada según las reglas de complementariedad, concurrencia y, en caso de conflicto, prevalencia de las normas estatales (art. 149.3 CE). Pero el activismo jurisdiccional no se ha detenido en la creación de una norma constitucional, sino que se ha alargado hasta el rechazo de cualquier posibilidad de flexibilizarla de manera equilibrada. Una decisión que, si bien podría calificarse de arbitraria, no está exenta de una lógica interna: el entendimiento de las competencias ejecutivas es tributario del concepto constitucional de bases, concepto que no tiene una única «víctima» (las competencias autonómicas compartidas), sino dos (la categoría anterior y las competencias ejecutivas). Admitir que las competencias ejecutivas puedan abarcar la potestad reglamentaria de alcance general no encaja con una concepción de las competencias compartidas que las obliga a convivir con normas reglamentarias y con actuaciones ejecutivas del Estado de carácter básico. En caso contrario, nos encontraríamos con la paradoja de que las competencias ejecutivas permitirían llegar más lejos (ejercicio de poderes normativos) de lo que lo permiten algunas competencias de despliegue legislativo y ejecución (a menudo acotadas al ejercicio de facultades ejecutivas fragmentarias). Sin embargo, la solución del Tribunal nos conduce a una situa-

5. A pesar de ello, algunas determinaciones estatutarias sectoriales no han sido, sorprendentemente, ni impugnadas ni examinadas por el Tribunal. Es el caso, en particular, del artículo 168.1.a EAC (sistema penitenciario), donde se señala que «corresponde a la Generalitat la competencia ejecutiva de la legislación del Estado en materia penitenciaria que incluye en todo caso [...] la capacidad para dictar *disposiciones que adapten la normativa penitenciaria a la realidad social de Cataluña*», una adaptación que difícilmente se podrá alcanzar desde reglamentos de carácter organizativos o de regulación de la propia competencia funcional de ejecución.

ción tan conocida, como singular: al único supuesto en que se obliga a una entidad política o, si se prefiere, a una Administración territorial, a ejecutar una legislación ajena absolutamente desprovista de un poder tan natural y necesario como la potestad reglamentaria *ad extra*.

Enderezar esta situación no será tarea fácil. Sin embargo, aparte de la reforma constitucional o de una eventual evolución de la doctrina constitucional, las voluntades políticas que se pudieran conformar contarían con vías jurídicas suficientes para recuperar la potestad reglamentaria sustantiva dentro de las competencias ejecutivas. Singularmente, con las posibilidades abiertas por los artículos 150.1 y 150.2 CE⁶ y, de forma aislada o combinada con estas, con las que podría abrir un uso decidido de la técnica de la remisión normativa.

6. En el mismo sentido se ha pronunciado el *Informe del grup d'experts sobre la STC sobre l'EAC*, encargado por el presidente de la Generalitat, pág. 27-28.

LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SOBRE LA DEFINICIÓN DE LAS COMPETENCIAS. LAS COMPETENCIAS EXCLUSIVAS, LAS COMPARTIDAS Y LAS EJECUTIVAS

Marc Carrillo López*

1. La doctrina del Tribunal sobre la definición de las competencias

La determinación de las competencias que llevó a cabo el Estatuto de 2006 consistente en una precisa delimitación funcional y material fue, sin duda, una de las novedades jurídicas de mayor relieve de la reforma del Estatuto de 1979. Respondió a la necesidad de cerrar el paso –fruto, se ha dicho, de una desconfianza acumulada– a una patología extendida en la aplicación del sistema constitucional de distribución de competencias, que disminuyó de manera notoria la capacidad normativa del legislador autonómico en general y del Parlamento de Cataluña en particular. Una patología que se ha producido por dos vías: la primera, la protagonizada por el legislador estatal, que a través de la interpretación expansiva del alcance de su legislación básica (art. 149.1 CE) ha ido reduciendo sustancialmente el margen de acción del Parlamento; la segunda ha sido la abusiva invocación estatal de los títulos horizontales que le atribuyen la competencia exclusiva (sobre todo, los previstos en los artículos 149.1.1 y 13) sobre materias genéricas o transversales, que ha servido para disminuir, cuando no suprimir, la competencia autonómica sobre una competencia propia.

Pues bien, la respuesta dada por la STC 31/2010 a esta novedad estatutaria ha desmontado el edificio jurídico que pretendía garantizar el contenido de las competencias determinadas por el Estatuto de acuerdo con el artículo 147.2.d CE. Sus argumentos se encuentran en los FFJJ 57 a 61, que contienen dos resoluciones interpretativas sobre las competencias exclusivas (art. 110) y ejecutivas (art. 112) y una declaración de inconstitucionalidad y nulidad en una parte del artículo 111, relativo a las competencias compartidas.

En sus consideraciones previas (FFJJ 56 y 58) el Tribunal establece las reglas interpretativas generales por las que concluye que la Constitución y su jurisprudencia son los parámetros a tener en cuenta para interpretar la delimi-

* Marc Carrillo López, catedrático de derecho constitucional de la Universidad Pompeu Fabra.

tación de competencias, razón por la que el Estatuto, como norma integrante del bloque de la constitucionalidad, queda en una posición secundaria. En efecto, los Estatutos –dice el Tribunal– pueden atribuir una competencia legislativa sobre determinadas materias, pero determinar lo que se debe entender por «competencia» y qué potestades comprende es un presupuesto previo que queda reservado a la Constitución. Por su parte, en su condición de intérprete supremo de la Constitución, «el Tribunal Constitucional es el único competente para la definición auténtica –e indiscutible– de las categorías y principios constitucionales. Ninguna norma infraconstitucional, justamente por serlo, puede hacer las veces de poder constituyente prorrogado o sobrevenido, formalizando uno entre varios sentidos que pueda admitir una categoría constitucional. Ese cometido es privativo del Tribunal Constitucional» (FJ 57). Un planteamiento este que, por cierto, no se aleja de la controvertida posición doctrinal que considera la jurisdicción constitucional como una especie de delegado del poder constituyente y que, para lo que ahora interesa, enerva la posición de los Estatutos en el seno del bloque de la constitucionalidad.

Un segundo aspecto general que hay que subrayar de la reforma estatutaria sobre la distribución competencial y la categorización –por ejemplo– de las competencias compartidas es la incorporación al contenido normativo del Estatuto de los criterios jurisprudenciales consolidados a lo largo de los años del Estado de las autonomías, sobre el concepto formal de bases (en especial, los que fueron fijados a partir de la STC 69/1988, relativa al caso del conflicto sobre el etiquetado de los productos comerciales, que promovieron Cataluña y Galicia). Sin embargo, según criterio del Tribunal, esta pretensión del legislador estatutario no es correcta porque «no resuelve las objeciones de inconstitucionalidad [...] toda vez que [...] la censura que en realidad merecería no sería tanto la de desconocer las competencias del Estado, cuanto la de hacerse con la función más propia del Tribunal Constitucional, al que se habría cuidado de respetar ateniéndose al sentido de su jurisprudencia, pero olvidando que, al formalizar como voluntad legislativa la sustancia normativa de ésta, la desposee de la condición que le es propia, en tanto que resultado del ejercicio de la función jurisdiccional reservada a este Tribunal como intérprete supremo de las normas constitucionales» (FJ 58). He ahí, pues, un ejemplo más de la posición subordinada en el bloque de la constitucionalidad que la Sentencia atribuye al Estatuto, a pesar de que la norma institucional básica que es parte integrante del bloque de la constitucionalidad se haya querido hacer eco de la jurisprudencia constitucional consolidada.

Finalmente, el Tribunal considera que, si bien los artículos 110, 111 y 112 del Estatuto no tienen la pretensión de regular una cuestión ajena a la disponi-

bilidad del legislador constituido, como es la misma definición de cuáles sean las potestades legislativas, reglamentarias y ejecutivas comprendidas en las competencias que pueden corresponder a la Generalitat, la categorización funcional de las competencias es una atribución que los Estatutos de Autonomía solamente pueden «relacionar sin definir, esto es, sin otro ánimo que el descriptivo de una realidad normativa que les es en sí misma indisponible». En la reiterada línea argumental de subrayar, junto con la Constitución, la posición hegemónica de su jurisprudencia en la interpretación del bloque de la constitucionalidad, el Tribunal argumenta que el legislador estatutario, con su voluntad de descripción del sistema normativo autonómico, no puede cambiar la calidad normativa de este, a menos que hubiera una reforma expresa de la Constitución, por lo que habrá que atenerse a lo que se derive de la misma jurisprudencia constitucional. Aunque ello no tiene que significar que «se sustraiga a este Tribunal la de modificar o revisar en el futuro la doctrina ahora formalizada en los preceptos examinados» (FJ 58), afirmación esta que obliga a plantear si el reto jurídico que el Estatuto ha supuesto no era ya un buen momento para hacerlo. Pero, seguramente, para alcanzar este objetivo hubiera hecho falta un Tribunal de otro tipo.

2. Las competencias exclusivas (art. 110)

La decisión del Tribunal sobre este tipo de competencia es de carácter interpretativo. En principio afirma que no hay obstáculo para que, como lo hace este precepto, el Estatuto se limite a describir como consustanciales a la titularidad de las competencias exclusivas la potestad legislativa y reglamentaria, así como la ejecutiva. En este sentido, el objetivo de la reforma estatutaria era asegurar la exclusividad de las competencias autonómicas, evitando que en las submaterias resultantes del desglose de las materias competenciales principales la legislación básica estatal pudiera también incidir. Este pretendía ser el significado de la garantía derivada de la cláusula «en todo caso», contenida en una buena parte de la determinación de las competencias que se concretan en el capítulo II del título IV.

Por el contrario, el criterio del Tribunal, aunque formalmente excluye la inconstitucionalidad del artículo 110 y su proyección sobre todo el capítulo II, desactiva materialmente sus objetivos de preservación de las competencias. En este sentido, el Tribunal es muy explícito cuando limita el alcance de este a exclusividad, al afirmar que el artículo 110 es constitucional siempre que: 1) no impida el ejercicio de las competencias exclusivas del Estado (art. 149.1 CE); 2) ya sea cuando sus competencias concurren con las autonómicas sobre el mismo

espacio u objeto jurídico; 3) o ya sea cuando se trate de materias propias de competencias compartidas, cualesquiera que hayan sido los términos que haya utilizado el Estatuto para calificarlas, y 4) sin que «la expresión “en todo caso”, reiterada en el Estatuto respecto de ámbitos competenciales autonómicos, tenga otra virtualidad que la meramente descriptiva ni impida, por sí sola, el pleno y efectivo ejercicio de las competencias estatales» (FJ 60). Por lo tanto, la cláusula «en todo caso», que desglosa las submaterias que integran la materia principal, no pasa de ser una concreción material sin fuerza vinculante para el legislador estatal, el cual, en función del tipo de la materia competencial de que se trate, en todo caso siempre podrá incidir. Con independencia de que la competencia de la Generalitat sea exclusiva o compartida.

3. Las competencias compartidas (art. 111)

Las competencias compartidas son las que, de hecho, han permitido captar el verdadero alcance sustancial de la autonomía política de las CCAA a lo largo de los últimos treinta años. Estas eran las competencias que tenían que habilitar para disponer de suficiente capacidad normativa con el fin de desarrollar políticas públicas propias. Pero ha sido un hecho contrastado que el legislador estatal sobre la normativa básica no ha facilitado mucho las cosas, porque habitualmente ha sido muy expansivo en la determinación del contenido material de las bases. Y formalmente tampoco ha tenido especial escrúpulo en hacer uso de la potestad reglamentaria e, incluso, de los actos de ejecución para determinar la normativa básica, a pesar de las advertencias del Tribunal Constitucional que se iniciaron con la mencionada STC 69/1988.

Precisamente, y con el fin de incorporar una mayor garantía para preservar las competencias, la reforma estatutaria de 2006 pretendió incorporar esta jurisprudencia constitucional sobre el concepto formal de bases en el artículo 111, que, lógicamente, no excluía excepciones al criterio general de que las bases debían ser determinadas mediante ley formal: las potestades normativas de la Generalitat —decía el Estatuto— se tenían que desarrollar «[...] en el marco de las bases que fije el Estado, como principios o mínimo común normativo en normas con rango de ley, excepto en los supuestos que se determinen de acuerdo con la Constitución y con este Estatuto». Pese a ello, es decir, a pesar de la expresa excepción que el Estatuto incorpora, el Tribunal interpreta que el precepto estatutario no se ajusta estrictamente al concepto constitucional de bases estatales, afirmando que: «las reduce a “los principios o mínimo común normativo” fija-

dos por el Estado “en normas con rango de ley”, cuando lo cierto es que, conforme a nuestra jurisprudencia, siendo aquél el contenido que mejor se acomoda a la función estructural y homogeneizadora de las bases y ésta la forma normativa que, por razones de estabilidad y certeza, le resulta más adecuada (por todas, STC 69/1988, de 19 de abril), no lo es menos que también es posible predicar el carácter básico de normas reglamentarias y de actos de ejecución del Estado (STC 235/1999, de 16 de diciembre) [...]» (FJ 60). Lo que lleva a preguntarse sobre cuál es la diferencia substancial que el Tribunal ha detectado entre esta jurisprudencia que él mismo rememora y la previsión establecida en el artículo 111 del Estatuto, para concluir con una solución jurisdiccional extrema como es la inconstitucionalidad y nulidad del precepto.

La respuesta a esta incoherencia hasta aquí descrita la encuentra el Tribunal al interpretar que, en realidad, los casos en los que la ley de las Cortes Generales no tiene que ser la vía para la fijación de las bases estatales no pueden ser entendidos «[...] como pura excepción al criterio que para el art. 111 EAC constituye la regla de principio (base principal o de mínimo normativo, formalizada como ley), sino como elementos de la definición del contenido y alcance de la competencia atribuida al Estado cuando éste es el titular de la potestad de dictar las bases de la disciplina de una materia determinada» (FJ 60). La conclusión de esta interpretación parece obvia: la STC 31/2010 consolida la práctica llevada a cabo por el Estado y que el Tribunal había censurado desde la STC 69/1998 (FJ 5)¹ —cuya doctrina ahora es revisada— y que las Cortes Generales y el Gobierno central han puesto en práctica reiteradamente a lo largo de los treinta

1. La STC 69/1988, de 19 de abril (FFJJ 5 y 6), argumentaba la necesidad de la ley formal como instrumento para la determinación de las bases, así como la posición que en este sentido debía tener la potestad reglamentaria del Gobierno, en los términos siguientes: «[...] el inicio de Ley formal que la misma doctrina acoge en razón a que sólo a través de este instrumento normativo se alcanzará, con las garantías inherentes al procedimiento legislativo, una determinación cierta y estable de los ámbitos respectivos de ordenación de las materias en las que concurren y se articulan las competencias básicas estatales y las legislativas y reglamentarias autonómicas, doctrina que se proclama con la afirmación de que “Las Cortes deberán establecer lo que haya de entenderse por básico” —fundamentos jurídicos 5º de la STC 32/1981 y 1º de la STC 1/1982— la cual expresa, de manera bien relevante, que la propia Ley puede y debe declarar expresamente el alcance básico de la norma [...]. **Como excepción a dicho principio de Ley formal, la referida doctrina admite que el Gobierno de la Nación pueda hacer uso de su potestad reglamentaria para regular por Decreto alguno de los aspectos básicos de una materia, cuando resulten, por naturaleza de ésta, complemento necesario para garantizar el fin a que responde la competencia estatal sobre las bases.** Esta excepción, establecida principalmente para adecuar la legislación preconstitucional a situaciones nuevas derivadas del orden constitucional, como es la organización del Estado, debe entenderse limitada al sentido que corresponde en su naturaleza de dispensa excepcional [...]».

Más adelante, la Sentencia añadió que, una vez superada la situación de transición hacia la consolidación del ordenamiento jurídico democrático prescrito por la Constitución, la importancia de la ley como instrumento para la determinación de las bases adquiría un mayor relieve: «superada esa ini-

años del Estado de las autonomías.² Y esta no es otra que la que ha permitido que la determinación formal de las bases no esté sometida a un criterio formal previo, que no sea la libre disposición del Estado de hacerlo mediante ley formal, reglamento administrativo o acto de ejecución. Con ello, la función complementaria de la Constitución que da sentido al Estatuto como norma integrante del bloque de la constitucionalidad para la plena determinación de las competencias de la Generalitat queda diluida a favor del legislador de las bases.

4. Las competencias ejecutivas (art. 112)

También aquí el Tribunal ha emitido una sentencia de carácter interpretativo, pero con efectos que a la postre dejan las cosas tal como estaban antes de la reforma. Hay que recordar que este precepto estaba concebido para incorporar a las competencias ejecutivas de la Generalitat el ejercicio de la potestad reglamentaria con efectos *ad extra* cuando desarrollara la normativa del Estado, y no sólo a través de los reglamentos internos o autoorganizativos. El Tribunal niega *a radice* aquel objetivo fundamentándose, una vez más, en su jurisprudencia anterior (STC 51/2006, FJ 4) como parámetro interpretativo, que reproduce sin argumentaciones adicionales.

cial situación por la realidad actual de un orden distributivo competencial en avanzado estado de construcción este componente formal adquiere una mayor trascendencia jurídica en la articulación de las competencias estatales y autonómicas, lo cual se manifiesta imprescindible en logro de una clara y segura delimitación de las mismas a través de instrumentos normativos que reduzcan, de manera inequívoca, la indeterminación formal de las normas básicas hasta el nivel que resulte compatible con el principio de seguridad jurídica, que proclame el art. 9.3 de la Constitución».

Finalmente, el Tribunal concluía que, aun manteniendo «el concepto material de lo básico como núcleo sustancial de la doctrina de este Tribunal, procede exigir con mayor rigor la condición formal de que “la norma” venga incluida en la ley votada en Cortes que designe expresamente su carácter de básica o esté dotada de una estructura de la cual se infiera ese carácter con naturalidad, **debiendo también cumplirse esta condición en el supuesto excepcional de que la norma se introduzca por el Gobierno de la nación en el ejercicio de su potestad de reglamento**» (FJ 6). (El texto en negrita es del autor).

2. Un buen ejemplo reciente es el Real Decreto 199/2010, de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la venta ambulante no sedentaria. Constituye un caso significado de uso abusivo de la determinación de las bases por reglamento, así como también de su contenido material, aunque a la luz de la STC 31/2010 habrá que ver cuál es finalmente la interpretación del Tribunal. La Disposición final primera establece que «este Real Decreto se dicta al amparo del artículo 149.13 de la Constitución, que establece la competencia exclusiva del Estado sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica». Se trata de una actividad económica propia de la competencia sobre el comercio interior de las CCAA. El Real Decreto regula con detalle aspectos de la venta ambulante como los siguientes: el régimen de autorización; las características de la autorización; el procedimiento de selección; la presentación de solicitudes; los registros de comerciantes ambulantes, la inspección y el régimen sancionador de la venta, etc.

El Tribunal recuerda su doctrina según la cual la referencia al concepto de legislación comprende la normativa aprobada en el ejercicio de la potestad legislativa así como la reglamentaria. Sobre este particular, el planteamiento del Estatuto era que, en función de las competencias que la Generalitat dispone en cada materia, la potestad reglamentaria que despliegue la legislación del Estado no fuera exclusivamente la del propio Gobierno del Estado sino que el Gobierno de la Generalitat también participara en ella. Sin embargo, el Tribunal lo niega en estos términos: «[...] si la competencia ejecutiva de la Generalitat puede ejercerse, a partir de la “normativa (legal y reglamentaria) del Estado”, no sólo como función ejecutiva *strictu sensu*, sino también como potestad reglamentaria de alcance general. La respuesta es, de acuerdo con nuestra doctrina, claramente negativa [...]». Y acto seguido, apoyándose en la mencionada STC 51/2006, añade que la potestad reglamentaria de la Generalitat solamente puede tener cabida en la Constitución si se entiende «limitada a la emanación de reglamentos de organización interna y de ordenación funcional de la competencia ejecutiva autonómica» (FJ 61). Si es así, no perjudica la constitucionalidad del artículo 112 del Estatuto. En consecuencia, queda imposibilitada la concurrencia de la potestad reglamentaria con efectos *ad extra* entre el Estado y la Generalitat.

A modo de conclusión sobre este apartado referido a la tipología de las competencias (capítulo I, título IV), hemos de decir que, sin duda, ha sido el más decisivo de la Sentencia. La declaración de inconstitucionalidad y nulidad declaradas sobre una parte del artículo 111 (competencias compartidas) y el sentido atribuido por dos interpretaciones de los artículos 110 (competencias exclusivas) y 112 (competencias ejecutivas), analizadas conjuntamente, suponen la desnaturalización del sistema de concreción funcional y material de las competencias que el Estatuto de 2006 había configurado, con el fin de garantizarlas ante la reiterada capacidad de penetración mostrada por el legislador estatal. La valoración que merece la Sentencia no es una cuestión tributaria de la cantidad sino de la calidad de los preceptos afectados por la resolución jurisdiccional, ya haya sido por una declaración de inconstitucionalidad o por el alcance manifiestamente restrictivo que se rezuma de toda la interpretación acordada por la mayoría del Tribunal. En la medida en que la doctrina que ha establecido se proyecta sobre todas las materias competenciales del título IV, los efectos que la Sentencia produce sobre las pretensiones del Estatuto de asegurar una mayor integridad de las competencias son demoledores, dejando de hecho las cosas como estaban y se han ido produciendo desde 1979 hasta ahora.

LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA SOBRE LA DEFINICIÓN ESTATUTARIA DE LAS COMPETENCIAS: LA «DEVALUACIÓN» JURÍDICA DE LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

Mercè Corretja Torrens*

El objetivo de este artículo es ofrecer una aproximación crítica a la Sentencia 31/2010, de 28 de junio, sobre un aspecto primordial de la reforma estatutaria: la definición de las categorías competenciales, es decir, de las potestades y funciones que corresponden a la Generalitat en virtud de las competencias exclusivas, compartidas y ejecutivas que el Estatuto le atribuye sobre un amplio catálogo de materias y submaterias. Se destacarán, en primer lugar, las ideas principales de la Sentencia sobre esta cuestión en contraste con la doctrina anterior del propio Tribunal Constitucional y con los objetivos perseguidos por la reforma estatutaria y, en segundo término, se formularán unas conclusiones y un balance de los efectos de la Sentencia sobre las competencias de la Generalitat.

Los planteamientos generales sobre la definición de las categorías competenciales se tratan en los fundamentos jurídicos 57 y 58 de la Sentencia y se refieren a tres cuestiones: *a)* función y límites de los Estatutos de Autonomía con relación al sistema de distribución de competencias; *b)* alcance de la función interpretativa del Tribunal Constitucional en la definición de las competencias, y *c)* efectos jurídicos de la atribución estatutaria de competencias frente a las competencias estatales. La posición del Tribunal se puede condensar en las líneas siguientes:

– Los Estatutos de Autonomía cumplen la función constitucional «de asignación» de competencias a las Comunidades Autónomas pero no pueden definir el contenido funcional de las tipologías competenciales. Así, por ejemplo, dice el Tribunal, los Estatutos pueden calificar una competencia como legislativa pero no pueden concretar qué potestades integran este tipo de competencia; eso sólo lo puede hacer la Constitución «formal». Sin embargo, si se tiene en cuenta que la Constitución de 1978 no define las categorías competenciales, al no poderlas definir los Estatutos, cabe preguntarse

* Mercè Corretja Torrens, jefa del Área de Investigación del Instituto de Estudios Autonómicos, profesora asociada de derecho administrativo de la Universidad Pompeu Fabra.

quién o cómo se llevará a cabo dicha definición. Con anterioridad, el Tribunal Constitucional había considerado que la falta de regulación en la Constitución de algunos elementos de las competencias implicaba la existencia de un «espacio desconstitucionalizado» que podía ser ocupado por los Estatutos de Autonomía, a los que reconoció como normas aptas, en tanto que leyes estatales, para cumplir una función interpretativa y, por lo tanto, también una función delimitadora de las competencias estatales y autonómicas.¹ Se observa, pues, un cambio de criterio en esta cuestión.

– **La necesidad de preservar un contenido idéntico para las competencias estatales en todo el territorio del Estado es un límite a la atribución estatutaria de competencias.** El Tribunal justifica la anterior decisión en la necesidad de garantizar la homogeneidad de las competencias estatales tanto en lo que se refiere a las potestades como a la realidad material sobre la que se proyectan en todo el territorio del Estado. Varias sentencias anteriores establecían lo contrario: la subordinación del legislador estatal básico a lo que disponen los Estatutos de Autonomía.²

– **Otro límite a la atribución estatutaria de competencias lo constituye la doctrina del Tribunal Constitucional, que, al mismo tiempo, se convierte en un elemento configurador del contenido funcional de las competencias autonómicas.** La Sentencia afirma que el Tribunal «es el único competente para la definición auténtica –e indiscutible– de las categorías y principios constitucionales», de forma que las potestades y funciones que correspondan a la Generalitat en virtud de sus competencias «serán siempre y sólo las que se deriven de la interpretación de la Constitución reservada a este Tribunal» y de la que «eventualmente resulte de la propia evolución» de su doctrina. De esta afirmación se desprenden dos consecuencias de gran importancia y que conviene dejar ya apuntadas: que las competencias de la Generalitat han quedado «petrificadas» por la doctrina del Tribunal Constitucional dictada hasta ahora y que toda aspiración de mejora de este contenido reside únicamente en la posible evolución que pueda tener esta jurisprudencia; y que la jurisprudencia del Tribunal es vinculante incluso en el supuesto de reforma estatutaria. El Tribunal Constitucional se convertiría así en un legislador «positivo» con capacidad para

1. Fundamentos jurídicos 7 a 10 de la STC 247/2007, de 12 de diciembre, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana.

2. A modo de ejemplo, las STC 140/1990 y 109/1998 señalan el diferente alcance de las bases estatales en función del contenido de un Estatuto de Autonomía, el cual prevalece sobre la competencia básica estatal.

definir las competencias de la Generalitat y su doctrina se convertiría en parámetro de constitucionalidad de los Estatutos de Autonomía. Sólo como simple observación, hay que señalar que en nuestro ordenamiento jurídico la jurisprudencia no es fuente del derecho y que el Tribunal se aparta nuevamente del criterio sostenido en sentencias anteriores (por ejemplo, STC 133/1995).

– **Un Estatuto de Autonomía no puede incorporar a su texto y otorgar rango estatutario a la jurisprudencia**, ya que entonces «se desposee» a la jurisprudencia de su condición. El Tribunal se reserva la posibilidad de modificar su jurisprudencia en el futuro y, por lo tanto, el contenido de las competencias estatutarias sin que el Estatuto de Autonomía pueda ni siquiera asegurar el de las ya definidas. La pregunta que inmediatamente surge es: ¿qué valor tiene, pues, la relación de competencias de un Estatuto de Autonomía? La respuesta nos la da el fundamento jurídico 58.

– **Los Estatutos de Autonomía pueden «relacionar sin definir» las potestades, facultades y funciones que integran el contenido funcional de las competencias, con un valor meramente descriptivo de una realidad normativa que le es indisponible.** Dicho en palabras sencillas, la atribución de competencias a la Generalitat que contiene su Estatuto de Autonomía no tiene valor jurídico ni un contenido preciso. Es una simple relación descriptiva subordinada a la doctrina del Tribunal Constitucional.

Partiendo de tales premisas, los fundamentos jurídicos 59, 60 y 61 analizan detalladamente las cláusulas que definen las tipologías competenciales (artículos 110, 111 y 112 EAC). Aunque el fallo de la Sentencia considera que los artículos 110 y 112 son constitucionales si se interpretan de acuerdo con los citados fundamentos jurídicos y sólo se declara inconstitucional un inciso del artículo 111, los efectos jurídicos de dicha interpretación se proyectan sobre todas las materias competenciales que integran el título IV del Estatuto de Autonomía de Cataluña en los términos siguientes:

– **Competencias exclusivas:**³ la Sentencia considera que la definición del artículo 110.1 EAC es aceptable en sus términos cuando, sobre la materia

3. El artículo 110.1 EAC establece: «Corresponden a la Generalitat, en el ámbito de sus competencias exclusivas, de forma íntegra la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva. Corresponde únicamente a la Generalitat el ejercicio de estas potestades y funciones, mediante las cuales puede establecer políticas propias».

o sector de materia sobre el que se proyecten las competencias de la Generalitat, la Constitución no haya reservado al Estado ninguna competencia o función, pero en ningún caso impide la proyección de competencias estatales que «concurran sobre el mismo espacio físico u **objeto jurídico**» sean cuales sean las expresiones que utilice el Estatuto. Se admite, pues, la concurrencia de títulos competenciales sobre un mismo objeto jurídico aunque una competencia se califique estatutariamente como exclusiva. Justamente eso era lo que se quería evitar con la definición de las tipologías competenciales y el resto de técnicas utilizadas por el EAC. Este planteamiento se va reiterando posteriormente al analizar los distintos artículos impugnados que atribuyen competencias exclusivas a la Generalitat, a los que se va considerando siempre constitucionales si se interpretan en el sentido de que no impiden la proyección de competencias estatales sobre las competencias de la Generalitat. En definitiva, dicha interpretación vacía de contenido el artículo 110 EAC y, por lo tanto, todas las referencias a la exclusividad competencial que aparecen en el texto estatutario, y convierte en inútil el esfuerzo del EAC por aclarar las titularidades competenciales y recuperar la noción de exclusividad.

– **Competencias compartidas:**⁴ el fundamento jurídico 60 establece que la definición estatutaria «no se atiene estrictamente al concepto constitucional de las bases estatales» ya que la jurisprudencia ha admitido que «es posible predicar el carácter básico de normas reglamentarias y de actos de ejecución del Estado» y que «son factibles en las bases un alcance diferente en función del subsector de la materia en que se proyecten e, incluso, sobre el territorio» sin que ello se pueda considerar excepción a una regla general y, por este motivo, anula el inciso del artículo 111 EAC que establecía que las bases estatales debían tener rango de ley y consistir en principios o mínimo común normativo si bien se admitían excepciones (tal como había establecido la doctrina precedente del propio Tribunal). Según la Sentencia lo que queda del artículo «se limita a describir correctamente las facultades comprendidas en la competencia de desarrollo de unas bases

4. Reproducimos entero el texto del artículo 111 EAC: «En las materias que el Estatuto atribuye a la Generalitat de forma compartida con el Estado, corresponden a la Generalitat la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva, en el marco de las bases que fije el Estado **como principios o mínimo común normativo en normas con rango de ley, excepto en los supuestos que se determinen de acuerdo con la Constitución y el presente Estatuto**. En ejercicio de estas competencias la Generalitat puede establecer políticas propias. El Parlamento debe desarrollar y concretar a través de una ley aquellas previsiones básicas». El texto destacado es el declarado inconstitucional.

estatales cuyo contenido y alcance serán siempre y sólo los que se desprenden de la Constitución interpretada por el Tribunal». Sin embargo, si se lee atentamente lo que queda del artículo se puede concluir que la Generalitat mantiene intactas las potestades que tenía antes de declararse inconstitucional el inciso (en especial, la potestad legislativa) y, por lo tanto, en este caso, se habría alcanzado el objetivo pretendido con la reforma estatutaria. Se aprecia, por lo tanto, una cierta incongruencia entre ambas afirmaciones.

– **Competencias ejecutivas:** el artículo 112 EAC, relativo a las competencias ejecutivas, se considera constitucional después de afirmar que no contiene una potestad reglamentaria de alcance general (que era justamente el objetivo de la reforma estatutaria en esta tipología competencial). El argumento utilizado para negar la existencia de esta potestad reglamentaria es la jurisprudencia constitucional anterior sobre esta cuestión, basada en un Estatuto de Autonomía (el de 1979) que no la preveía expresamente.

En conclusión, y tal como ya se ha ido apuntando, se puede considerar que la Sentencia no permite alcanzar los objetivos de la reforma en cuanto a garantizar estatutariamente la mejora de la calidad de las competencias y convierte en inoperantes el conjunto de técnicas y de criterios introducidos para reforzarlas, con la duda ya expuesta de las competencias compartidas. Lo más grave sin embargo –y debe subrayarse– es la devaluación de los Estatutos de Autonomía y la conversión de la atribución estatutaria de competencias en una simple lista descriptiva subordinada, en su alcance y contenido, a la interpretación del Tribunal Constitucional, que se erige en legislador «positivo». En consecuencia, las competencias no tienen «garantía estatutaria» con lo que sería inviable en el futuro la reforma estatutaria como vía apta para la mejora del autogobierno. Quizás las sentencias que resuelvan los recursos de inconstitucionalidad todavía pendientes contra el EAC podrían aclarar algunas de las contradicciones y cuestiones expuestas, pero, en todo caso, se evidencia un cambio de posicionamiento del Tribunal Constitucional, especialmente entre lo que afirmó en el año 2007 (Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana) y lo que proclama el año 2010 (Estatuto de Autonomía de Cataluña).

Como balance final con relación a las competencias, se puede afirmar que el nivel de autogobierno que permite el Estatuto de Autonomía de 2006 es parecido al que permitía el Estatuto de 1979: las competencias de la Generalitat siguen siendo igual de vulnerables que antes de la reforma frente a los títulos competenciales estatales básicos y transversales y no se garantizan las potestades

que integran el contenido de las categorías competenciales ni un contenido mínimo para las materias o submaterias. Se ha perdido, por lo tanto, una oportunidad de establecer criterios claros y precisos para delimitar la titularidad y el alcance de las competencias autonómicas y estatales que faciliten tanto la función interpretativa del Tribunal Constitucional como el ejercicio y aplicación de las competencias por todos los operadores jurídicos, y se ha optado por mantener un sistema flexible que, como ha quedado patente a lo largo de más de treinta años de estado autonómico, no ha sido favorable a la Generalitat, ya que deja en manos del legislador estatal la delimitación de las competencias autonómicas y no otorga al Tribunal Constitucional los instrumentos de control necesarios para garantizar tales competencias.

LAS CATEGORÍAS FUNCIONALES DE COMPETENCIAS EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE CATALUÑA. COMENTARIOS A LA SENTENCIA 31/2010

Ramon Riu Fortuny*

Mientras esperábamos la sentencia que debía resolver el recurso de los diputados del Grupo Popular en el Congreso contra el EAC de 2006, tuvimos bastante tiempo para leer atentamente la STC 247/2007. Imaginamos que si el mismo Tribunal resolvía el recurso pendiente contra el EAC, era muy probable que resolviera a partir de unos fundamentos jurídicos similares. Aquella había sido una Sentencia con clara vocación doctrinal, en la que el TC había expuesto un conjunto de argumentos fundamentado, coherente y completo para sostener la función determinante que los Estatutos de Autonomía tenían en la configuración de la estructura territorial del Estado, su función integradora del bloque de la constitucionalidad y también su específica función en el sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Ciertamente cinco miembros del Tribunal habían discrepado de aquella Sentencia mediante votos particulares, pero confiamos en que se mantendrían como posición minoritaria.

Pero la Sentencia 31/2010 no parece dictada por el mismo tribunal que la 247/2007. De hecho no lo ha sido. Uno de sus magistrados murió y otro fue recusado en este procedimiento. Además, el debate público abierto en torno a la falta de la debida renovación de cuatro de los otros miembros del TC y la cuestión de su posible falta de legitimidad para resolver este procedimiento ha tenido un reflejo evidente en el tono utilizado por la misma Sentencia y en el énfasis con el que el TC ha querido reafirmar su función de intérprete supremo de la Constitución, hasta arrogarse una especie de función constituyente prorrogada o sobrevenida.

Con la aprobación del EAC de 2006 se pretendió un incremento cualitativo de las competencias de la Generalitat y el TC ha resuelto que el Estatuto no es la norma idónea para hacerlo en detrimento de las competencias del Estado. Dos son las líneas argumentales que el TC expone en los fundamentos jurídicos

* Ramon Riu Fortuny, abogado de la Generalitat de Cataluña.

3 a 6 y en el 56 y siguientes de la STC 31/2010, a modo de introducción general para la resolución de las impugnaciones planteadas contra el título IV del EAC, de las competencias. Con la primera niega al legislador estatuyente la capacidad para actuar a partir de una nueva y diferente comprensión de los principios y conceptos constitucionales sobre los que se articula el sistema de distribución competencial. Con la segunda deja sin eficacia los enunciados estatutarios que expresaban estas novedades.

En cuanto a la primera, debemos recordar que la STC 247/2007 (FJ 6) recogía jurisprudencia anterior del mismo Tribunal para mantener que la constitucionalidad del Estatuto sólo puede ser enjuiciada sobre la base de su conformidad con la Constitución. En cambio, en la Sentencia 31/2010 el TC invoca con insistencia la suprema fuerza de su propia doctrina como parámetro aparentemente previo, completo, taxativo y necesario de la constitucionalidad de los preceptos estatutarios. Parece casi que invierte el orden lógico de la intervención de los diferentes actores en el proceso de construcción de la estructura territorial del Estado. Si atendiéramos al sentido literal de algunas de las expresiones vertidas por el TC en esta Sentencia deberíamos entender que la doctrina establecida en los últimos treinta años por el TC configura un segundo cinturón completo y cerrado, dentro del marco constitucional, y dentro del cual debe mantenerse también siempre y en todo caso el legislador estatuyente. Lo justifica asumiendo como propia y exclusiva la función de uniformizar los principios y conceptos estructurales del sistema. Sin embargo, contrariamente, es evidente que el TC interviene sólo de forma incidental, cuando es llamado a resolver un proceso de su jurisdicción, para determinar el encaje de una concreta norma en el marco de la Constitución, de modo que la lógica proyección general de sus criterios doctrinales no puede llegar a conformar una jaula cerrada fuera de la cual el legislador estatuyente no pueda edificar nuevas autonomías territoriales con técnicas, conceptos y principios nuevos o diferentes a los que hasta aquel momento haya admitido el TC. Además, la necesaria congruencia y viabilidad práctica de la diversidad de distribuciones competenciales que pueden resultar de la singularidad de cada Estatuto de Autonomía no habilita al TC para imponer criterios de uniformidad que no resultan de la misma Constitución. Una nueva lectura y comprensión de los preceptos constitucionales como la que expresan algunos preceptos del EAC debe ser reconocida como válida siempre que pueda encajar en el ancho marco definido por la Constitución. Negarlo y restringir las iniciativas del legislador estatuyente al universo conceptual delimitado previamente por la doctrina del TC sería tanto como negar que es a los gobiernos y a las cámaras legislativas, democráticamente elegidos, a quienes

corresponde en primer lugar promover las modificaciones normativas necesarias para adecuar el Estado a la permanente sucesión de cambios políticos y sociales que impone la historia.

En cuanto a la segunda de las líneas argumentales que expone el TC, debemos recordar también que la STC 247/2007 (FJ 6 *in fine*) admitía que los Estatutos, aprobados por el legislador democrático y que son expresión a la vez de la voluntad de autogobierno de un determinado territorio y de la voluntad del Estado, pueden establecer con diverso grado de concreción normativa aspectos centrales o nucleares de las competencias que atribuyen en los ámbitos materiales que constitucionalmente les corresponden. El FJ 4 *in fine* de la STC 31/2010 admite también que el Estatuto tiene la función de atribuir las competencias a la Comunidad Autónoma y que contribuye con esta función a perfilar el ámbito de normación y poder propio del Estado. El razonamiento sigue en el FJ 6, pero ahora para extraer la conclusión contraria, es decir, que la reversibilidad de las decisiones normativas es inherente a la idea de democracia y que, por ello, en la medida en que sus disposiciones se sustraen a la disponibilidad unilateral del legislador estatal, el Estatuto no puede concretar los aspectos de detalle de las competencias asumidas. Esta determinación, que se completa en los fundamentos jurídicos 56 y siguientes se expresará en los pronunciamientos interpretativos sobre muchos de los preceptos del título IV del EAC.

De esta manera la STC 31/2010 deja al EAC sin su fuerza prescriptiva en buena parte de la delimitación de las competencias asumidas por la Generalitat de Cataluña y relega muchos de sus enunciados a una función meramente indicativa o descriptiva.

Si a la luz de la doctrina establecida por el TC a lo largo de treinta años habíamos entendido que el Estatuto era la garantía normativa de las competencias asumidas por la Generalitat de Cataluña, que en esta función delimitadora, sometida a la Constitución, el Estatuto era indemne al legislador estatal,¹ y que, como última expresión formal de esta garantía de indemnidad, incorporaba un procedimiento especialmente rígido para su reforma,² la Sentencia ahora reconoce de forma explícita la permeabilidad de la distribución de competencias

1. Con esta misma expresión se reconoce también en el tercer párrafo del fundamento jurídico 4 de la misma STC 31/2010, entre las consideraciones generales introductorias que el TC expone en los fundamentos jurídicos 3 a 6, pero que después contradice en los posteriores fundamentos y en el fallo.

2. Al resolver sobre los preceptos por los cuales se regula la reforma del EAC, la STC 31/2010 sólo se fija en aspectos procedimentales de la reforma y no en el sentido o finalidad de la existencia misma de este complejo y rígido procedimiento.

enunciada en el Estatuto, que no sólo queda permanentemente sometida a la posible variación de la jurisprudencia del TC, sino que las especificaciones de los enunciados estatutarios ya no podrán ser opuestas como límite frente a la determinación concreta por el legislador estatal ordinario, orgánico, básico, presupuestario y financiero de los contenidos materiales y funcionales de las competencias del Estado. El TC sigue así en buena parte las alegaciones del abogado del Estado, que, para defender la constitucionalidad del título IV del EAC, partía de la consideración de que no se pueden oponer límites estatutarios al ejercicio legítimo por el Estado de sus competencias; que la asunción estatutaria de competencias debe respetar la función constitucional delimitadora que tienen asignada los productos de algunas de las competencias estatales, como es el caso de las bases, normas básicas o legislación básica, y que las competencias estatales exclusivas no pueden tener, por disposición de los Estatutos, distinto alcance en unas u otras Comunidades.

Pero este entendimiento restrictivo de la capacidad delimitadora de competencias del Estatuto difícilmente se aviene con el enunciado del art. 149.3 CE, de acuerdo con el cual:³ «Las materias no atribuidas *expresamente* al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos». Además, por ejemplo, contradice aquellas sentencias anteriores en las que el TC había admitido que las disposiciones estatutarias podían comportar una limitación del alcance de las competencias reservadas al Estado por el art. 149.1.1 CE. Joaquim Ferret Jacas⁴ así lo había explicado haciendo referencia a un considerable número de sentencias en las que el TC ha reconocido la competencia autonómica sobre ámbitos materiales específicos, como los espacios naturales, la defensa del consumidor o las cooperativas, que comportan una delimitación del alcance material de competencias estatales como las reservadas al Estado respecto de la legislación básica del medio ambiente, la legislación civil, la mercantil y la laboral, y también había reconocido la posible limitación estatutaria del alcance funcional de la legislación básica estatal en materias como el régimen local o el régimen jurídico de la función pública.

Al analizar concretamente cada uno de los art. 110, 111 y 112 del EAC, la STC 31/2010 reitera estos criterios generales, añade algunos pronunciamientos

3. El destacado es nuestro, para poner en relieve que ante la asunción de competencias estatutarias la misma Constitución impide tanto la posibilidad de invocar competencias implícitas a favor del Estado como la posibilidad de entender incondicionada o ilimitada la posible determinación por el legislador estatal de los contenidos de las competencias reservadas al Estado.

4. Joaquim Ferret Jacas, «Estatuts d'autonomia: funció constitucional i límits materials», *Revista Catalana de Dret Públic* nº 31, diciembre 2005.

específicos y concluye con unas decisiones de carácter interpretativo, y la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de un inciso del art. 111.

Así, respecto del art. 110.1, el TC sigue también la línea argumental expuesta por el abogado del Estado en sus alegaciones y considera que la exclusividad de las potestades legislativa y reglamentaria y la función ejecutiva que se atribuye a la Generalitat no puede excluir las potestades que sobre determinados sectores de una materia pueden corresponder al Estado en ejercicio de sus competencias exclusivas reservadas por el art. 149.1 CE, cuando concurren en un mismo espacio físico o cuando se trate de materias de competencia compartida, sea cual sea su denominación, de manera que la expresión «en todo caso», con la que en muchos preceptos del Estatuto se relacionan los contenidos inherentes a la competencia asumida, sólo tiene un valor descriptivo que no impide el ejercicio por el Estado de sus competencias.

Respecto del art. 111, el TC niega la capacidad del Estatuto para establecer, con carácter general, un concepto, contenido y alcance de las bases diferente de lo que resulta de la Constitución interpretada por el mismo TC y, por ello, declara la inconstitucionalidad del inciso que suponía una limitación del rango formal de la legislación básica estatal, de manera que en las materias compartidas la Generalitat asumía toda la potestad de desarrollo normativo y la función ejecutiva a partir de los «principios o mínimo común normativo con normas con rango de ley, excepto en los supuestos que se determinen de acuerdo con la Constitución y el Estatuto». Hay que remarcar en este punto que el TC niega la capacidad al Estatuto para redefinir el concepto de bases e incluso parece indicar que ya no mantiene ni como regla general la exigencia de los requisitos formales de las bases, ya que afirma que las bases reglamentarias o los actos básicos no se pueden entender como puras excepciones a una regla general de exigencia de su carácter principal o de contenerse en leyes del Estado, sino que «son factibles en las bases un alcance diferente en función del subsector de la materia sobre la que se proyecten o incluso sobre el territorio». De hecho, la Sentencia también sigue en este punto los argumentos expuestos por el abogado del Estado, si bien este sostenía en sus alegaciones que el precepto podía tener una interpretación conforme a la CE ya que entendía que en la excepción relativa a los «supuestos que se determinen de acuerdo con la Constitución y con el Estatuto» quedaban incorporados todos los supuestos de bases reglamentarias y actos básicos que, a modo de excepción a la mencionada regla general, había admitido o admitiría en el futuro la doctrina del TC.

Finalmente, con respecto al art. 112, el TC admite su constitucionalidad siempre que se interprete que la potestad reglamentaria que asume la Generali-

tat en las competencias ejecutivas se limita a la aprobación de reglamentos de organización interna y de ordenación funcional de la competencia. Es decir que, siguiendo su propia doctrina anterior y acogiendo las alegaciones formuladas en este sentido por el abogado del Estado en defensa de la constitucionalidad de este precepto, niega la potestad reglamentaria *ad extra*, de segundo orden o subsidiaria que el precepto pretendía asumir a partir de una relectura de los conceptos de legislación y de ejecución.

Por lo tanto, ya sea por vía interpretativa o declarando la inconstitucionalidad de un inciso, la STC 31/2010 ha dejado sin efecto el aumento funcional de las competencias que perseguía la aprobación de estos tres preceptos del EAC. Quedan todavía por resolver los otros seis recursos de inconstitucionalidad que se plantearon contra el EAC y en los cuales se impugnan también algunos aspectos competenciales, pero no parece probable que en la solución de estos otros recursos, ni en la de los otros procesos que se puedan plantear en el futuro, el TC quiera cambiar su criterio sobre la inidoneidad del Estatuto como instrumento normativo para elevar el actual techo competencial de la Generalitat de Cataluña a partir de una relectura de la Constitución. Por lo menos, mientras la nueva concepción más descentralizadora del Estado de las autonomías no cuente con un consenso más amplio y el abogado del Estado acoja también en sus alegaciones la relectura de la Constitución que se propugnaba con esta iniciativa desde Cataluña.

TIPOLOGÍA DE LAS COMPETENCIAS. SU ALCANCE FUNCIONAL: LOS ARTÍCULOS 110 A 112

Joaquín Tornos Mas*

1.

Uno de los principales objetivos de la reforma estatutaria era tratar de fijar con más precisión el alcance funcional y material de las competencias propias de la Generalitat con el fin de garantizar el contenido real de su autonomía.

La experiencia vivida con el Estatuto de 1979 era generalmente valorada, en este aspecto, de forma negativa. En particular se entendía que el ejercicio de las competencias exclusivas y el desarrollo legislativo de la legislación básica por parte de la Generalitat se habían visto en muchos casos limitados, «laminados», por el legislador estatal y la doctrina del Tribunal Constitucional.

Con el nuevo Estatuto se pretendía un doble objetivo. Por una parte, definir el alcance del aspecto funcional de las competencias, es decir, establecer el significado de «exclusividad, legislación básica y competencia ejecutiva». Y, por otra parte, precisar el contenido de los diferentes títulos materiales con que se identifican las competencias propias, identificando las submaterias que forman parte del concepto general. De esta manera se quería fijar en una norma que forma parte del bloque de la constitucionalidad unos criterios vinculantes para el Estado y para el Tribunal Constitucional.

El primer objetivo, la definición del alcance funcional de las competencias, se trataba de conseguir en el capítulo primero del título IV, relativo a la tipología de las competencias, y en concreto en los artículos 110 a 112. El segundo objetivo forma parte de los artículos del capítulo segundo, que tiene como enunciado «Las materias de las competencias».

2.

El contenido de los artículos 110 a 112 había sido objeto de un fuerte debate doctrinal. Los argumentos en contra de su constitucionalidad sostenían que un

* Joaquín Tornos Mas, catedrático de derecho administrativo de la Universidad de Barcelona.

Estatuto de Autonomía no podía establecer categorías generales que tenían que incidir en el alcance de las competencias de otras Comunidades Autónomas, ni podía llevar a cabo una interpretación general y abstracta del contenido de la Constitución. Según esta doctrina, el Estatuto, al asumir las competencias propias, debe respetar el contenido del artículo 149.1 de la Constitución, sin tratar de precisar su significado.

En defensa del Estatuto catalán se sostenía que sus artículos se limitaban a concretar el alcance funcional de sus competencias, teniendo en cuenta que la Constitución no define lo que se entiende por competencia exclusiva, compartida y ejecutiva. Al llevar a cabo esta función, el Estatuto recogía la propia doctrina del Tribunal Constitucional y ayudaba a precisar, en una norma que forma parte del bloque de la constitucionalidad y que complementa la Constitución, la distribución de las competencias entre el Estado y la Generalitat de Cataluña.

Sobre esta cuestión se contaba también con la doctrina de la Sentencia del Tribunal Constitucional 247/2007, dictada en relación con el Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana. Esta Sentencia, aunque de forma no muy precisa, parecía legitimar los Estatutos de Autonomía con el fin de definir el contenido funcional de las competencias de la respectiva Comunidad Autónoma. El Tribunal reconoció que en la fijación de la distribución constitucional de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas existía una cierta «desconstitucionalización», lo cual habilitaba la función estatutaria: «los Estatutos pueden libremente asumir competencias, complementando así el espacio que la propia Constitución ha dejado desconstitucionalizado, para lo que han de realizar una cierta operación interpretativa con los condicionantes que veremos a continuación». Entre estos condicionantes se incluyó la necesaria distinción entre poder constituyente y poder constituido (doctrina de la Sentencia de la LOAPA 76/1983), hecho que impide que el legislador ordinario trate de llevar a cabo una interpretación general y abstracta de la Constitución asumiendo la función reservada al Tribunal Constitucional. Pero la misma Sentencia parecía excluir la aplicación de este límite a los Estatutos de Autonomía, en la medida en que se puede entender que estas normas no establecen una interpretación general y abstracta de la Constitución dado que lo que hacen es concretar para su ámbito territorial la previsión constitucional sobre la distribución competencial.¹

1. En su fundamento jurídico número 10 la Sentencia dice: «el Estatuto, en cuanto norma institucional básica, se dirige hacia los propios poderes de la Comunidad Autónoma singularmente a la Asamblea Legislativa, ejerciendo una tarea de ordenación de sus respectivas potestades, esto es, fijando el marco normativo en el que aquéllos deben actuar. Con esta perspectiva, el Estatuto de Autonomía puede legítimamente fijar las competencias propias de la Comunidad y establecer su alcance. El legislador estatutario,

3.

La Sentencia sobre el Estatuto catalán, sin hacer ninguna referencia a la Sentencia 247/2007, quiere fijar con precisión el alcance de los Estatutos de Autonomía en la delimitación de sus competencias propias y con esta finalidad niega de forma contundente que estas normas puedan definir el alcance funcional de las competencias estatutarias interpretando los conceptos constitucionales contenidos en el artículo 149.1. En los fundamentos jurídicos 57 y 58 de la Sentencia hay una clara voluntad de clarificar esta cuestión y fijar una doctrina incontrovertible.

El punto de partida del Tribunal es el siguiente: «un límite cualitativo de primer orden al contenido posible de un Estatuto de Autonomía es el que excluye como cometido de este tipo de norma la definición de categorías constitucionales». Estas categorías constitucionales son «cuestiones que por constitutivas del lenguaje en el que ha de entenderse la voluntad constituyente no pueden tener otra sede que la Constitución formal, ni más sentido que el prescrito por su intérprete supremo» (FJ 57). Con esta contundente declaración se niega al Estatuto la definición de lo que se puede entender por las categorías constitucionales de competencia exclusiva, compartida o ejecutiva. De acuerdo con este razonamiento, continúa el Tribunal, «el Estatuto puede atribuir una competencia legislativa sobre determinada materia, pero qué haya de entenderse por “competencia” y qué potestades comprenda la legislativa frente a la competencia de ejecución son presupuestos de la definición misma del sistema en el que el ordenamiento consiste y, por tanto, reservados a la norma primera que la constituye».

A este argumento se añaden dos más: por una parte, las competencias que corresponden al Estado deben ser iguales en todo el territorio y no pueden estar condicionadas por diferentes preceptos estatutarios; por otra parte, el Tribunal Constitucional es el único competente para la definición auténtica de las categorías y los principios constitucionales.

Finalmente, seguramente por la fuerza de los hechos y del contenido de otros Estatutos en los que se contiene una cierta definición de los títulos funcio-

actuando así no incurre en vicio de inconstitucionalidad por interpretación de la Constitución, al igual que hemos reconocido lo propio respecto del legislador ordinario, lo que no quiere decir que no pueda incurrir en inconstitucionalidad si infringiera una correcta atribución competencial del Estado». Un comentario a esta Sentencia se puede encontrar en Tornos Mas, J., «La Sentencia constitucional 247/2007 y el sistema constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas», *Revista d'Estudis Autònomic i Federals*, nº 7, octubre 2008.

nales de las competencias propias, la Sentencia, en el fundamento jurídico 58, suaviza un poco su declaración y admite que los Estatutos pueden incluir una cierta definición de las categorías competenciales, pero inmediatamente niega a esta definición cualquier valor prescriptivo. En concreto, la Sentencia dice: «en estas circunstancias, a los fines de la exposición ordenada y sistemática del conjunto de las potestades, facultades y funciones que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, integran el contenido funcional de las competencias asumidas por la Comunidad Autónoma en su norma institucional básica, pueden los Estatutos de Autonomía relacionar sin definir, esto es, sin otro ánimo que el descriptivo de una realidad normativa que le es en sí misma indisponible, y así lo han hecho los diversos Estatutos de Autonomía desde su aprobación, las potestades comprendidas en las competencias atribuidas, en el marco de la Constitución, a las respectivas Comunidades Autónomas».

En definitiva, los artículos 110 a 112 son constitucionales si se entiende que se limitan a describir una realidad normativa sobre la que no tienen capacidad de decisión. Esta realidad es la que consta en la Constitución y en la doctrina del Tribunal Constitucional. De esta manera, el debate doctrinal al que antes hemos hecho referencia se ha cerrado con la victoria clara de los que defendían la imposibilidad de que el Estatuto fijara el contenido del aspecto funcional de las competencias propias. La doctrina de la LOAPA vuelve a hacerse presente en este caso para limitar el alcance normativo de los Estatutos de Autonomía como poder constituido, sometido a la Constitución y a la interpretación que pueda hacer el Tribunal Constitucional.²

4.

La doctrina del Tribunal, clara y precisa, habría podido llevar a la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 110 a 112 del Estatuto. Pese a ello, el Tribunal aplica el *self restraint* y trata de salvar la norma estatutaria con una Sen-

2. Este argumento ya se contiene en el fundamento jurídico 6 de la Sentencia, en el que se hace referencia a las cuestiones generales planteadas por el recurrente y en particular al alcance del Estatuto. En concreto, la Sentencia dice: «[...] a la expansividad material de los Estatutos se oponen determinados límites cualitativos. Precisamente aquellos que definen toda la diferencia de concepto, naturaleza y cometido que media entre la Constitución y los Estatutos, como son cuantos delimitan los ámbitos inconfundibles del poder constituyente, por un lado, y de los poderes constituidos, por otro. En particular, los que afectan a la definición de las categorías y conceptos constitucionales, entre ellos la definición de la competencia que como acto de soberanía sólo corresponde a la Constitución, inaccesibles tales límites a cualquier legislador y sólo al alcance de la función interpretativa de este Tribunal» (STC 76/1983, de 5 de agosto, *passim*).

tencia interpretativa que le permite limitar la declaración de inconstitucionalidad a una frase del artículo 111.

El contenido del artículo 110 es objeto de análisis en el fundamento jurídico 59. El objetivo del precepto estatutario era asegurar el máximo de exclusividad proclamada y por esta razón se afirmaba que, en el caso de las competencias exclusivas, el ejercicio de las potestades legislativas y reglamentarias y la función ejecutiva corresponderían «exclusivamente» a la Generalitat de Cataluña.

El Tribunal admite esta descripción de lo que es la competencia exclusiva, pero hace presente que el adverbio «únicamente» que utiliza el precepto no puede suponer que cuando exista una concurrencia material o territorial en el ejercicio de la competencia autonómica con el ejercicio de otras competencias exclusivas del Estado tenga que prevalecer la competencia autonómica. Si se plantea el conflicto, lo resolverá el Tribunal Constitucional sin estar vinculado por la redacción del precepto estatutario.

De esta manera, de hecho, el Tribunal reitera su doctrina sobre el valor de la declaración de exclusividad referido a las competencias, doctrina según la cual por más que los Estatutos configuren una competencia propia como exclusiva no pueden hacer nada en contra de la Constitución y de su atribución de competencias exclusivas a favor del Estado (STC 20/1988, entre otros). El artículo 110 se declara conforme a la Constitución pero pierde la finalidad con la que se redactó.³

El artículo 111, relativo a las competencias compartidas o concurrentes, constituía una de las principales aportaciones del nuevo Estatuto ya que trataba de limitar el uso abusivo por parte del Estado de su potestad normativa básica. El objetivo del precepto era garantizar jurídicamente en el ámbito estatutario que las bases fijadas por el Estado dejaran margen suficiente a la Generalitat para dictar leyes en las que se pudieran adoptar políticas públicas propias, de forma que se aumentara la «calidad» de la autonomía y se evitara que quedara reducida al nivel de ejecución de políticas definidas por el Estado.

En este caso, la Sentencia, en su fundamento jurídico 60, declara la inconstitucionalidad de la frase con que se quería precisamente limitar el contenido de las bases, al definir este concepto tanto en su aspecto material como formal. La frase declarada inconstitucional es la que dice que las bases son principios o mínimo común normativo contenidos en normas con rango de ley.

Según el Tribunal, en este caso el Estatuto realiza una interpretación de la Constitución al definir lo que con carácter general se debe entender como bási-

3. Debe señalarse que el escrito del abogado del Estado en defensa del Estatuto mantiene la misma tesis que la Sentencia.

co, función que como hemos visto el Tribunal niega que corresponda a la norma estatutaria. El Estatuto no puede fijar el alcance material de lo que es básico («principios o mínimo común normativo»), ni su alcance formal («normas con rango de ley»), ya que esta función corresponde al mismo Tribunal. Además, la Sentencia sostiene que el Estatuto se aparta en su definición del concepto constitucional de bases que él ya había establecido en su jurisprudencia.

El hecho de que el artículo 111 estableciera la excepción de que lo que es básico podría tener otro alcance «en los supuestos que se determinen de acuerdo con la Constitución y con este Estatuto» no es suficiente para el Tribunal para poder llevar a cabo una interpretación del precepto conforme a la Constitución. La Sentencia no admite que las excepciones puedan salvar el concepto, ya que lo que niega es que el Estatuto pueda establecer la definición general de lo que es básico según la Constitución.⁴

Finalmente, el fundamento jurídico 61 se ocupa del artículo 112 y de las competencias ejecutivas. En este caso, se reitera la doctrina del Tribunal sobre el alcance de las competencias ejecutivas, limitadas a los actos de ejecución y a los reglamentos organizativos, de manera que la competencia estatal de legislación incluye también los reglamentos ejecutivos con efectos externos.

El objetivo del precepto estatutario era incluir dentro de la función ejecutiva la potestad reglamentaria externa, para que la Generalitat pudiera dictar los reglamentos ejecutivos de las leyes estatales. El Tribunal ignora totalmente el argumento en defensa del precepto estatutario basado en la modificación del bloque de la constitucionalidad, es decir, en el hecho de que la anterior doctrina del Tribunal no había podido tener en cuenta la nueva definición de competencia ejecutiva que introduce el Estatuto, cosa que le debería permitir hacer una nueva lectura del bloque constitucional y modificar su jurisprudencia. El Tribunal, ante esta tesis, se mantiene coherente con su doctrina general sobre la imposibilidad de que el Estatuto defina conceptos constitucionales y, por tanto, ignora que mediante el artículo 112 se haya modificado el bloque de la constitucionalidad. Ello le permite mantener sin ninguna variación su doctrina sobre las competencias ejecutivas.

Lo que sorprende en este caso es que la Sentencia opte por un contenido interpretativo y no por la declaración de inconstitucionalidad de la expresión «que comprende la aprobación de disposiciones para la ejecución de la normativa del Estado», ya que lo cierto es que la interpretación del Tribunal hace decir al artículo 112 lo que no dice.

4. Este razonamiento hace que el Tribunal también declare inconstitucionales los incisos de los artículos 120.2 y 126.2, en los que se contiene una misma definición de lo que es básico.

5.

La conclusión final es que el objetivo que se perseguía con los artículos 110 a 112 ha quedado totalmente vacío de contenido. El alcance de las potestades exclusivas, compartidas y ejecutivas de la Generalitat vuelve a estar situado donde estaba, en la Constitución y en la doctrina del Tribunal Constitucional. Ningún paso atrás, pero ningún paso adelante en garantía de las competencias propias autonómicas.

En los fundamentos 56 a 61 el Tribunal Constitucional ha fijado de manera clara cuál es la posición del Estatuto de Autonomía en su función de asunción de competencias propias, como norma que forma parte del poder constituido. El Tribunal niega que el Estatuto pueda definir los conceptos constitucionales relativos a los elementos funcionales de las competencias, tarea que reserva a la Constitución y al mismo Tribunal.

ALCANCE TERRITORIAL Y EFECTOS DE LAS COMPETENCIAS

Dolors Feliu i Torrent*

1. Concepto de alcance territorial y estado de la cuestión antes de la Sentencia 31/2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña

De acuerdo con el título VIII de la Constitución el territorio es el soporte físico de la entidad política «Comunidad Autónoma» y el espacio legítimo de ejercicio de sus competencias, lo que queda reflejado en los Estatutos de Autonomía. Los problemas en la definición o alcance de los efectos territoriales implican fácilmente conflictos en el ejercicio competencial.

El Estatuto de Autonomía de 2006, aparte de la descripción territorial que hace en el artículo 9, dedica el artículo 115 a «el alcance territorial y efectos de las competencias». En la redacción de este precepto se menciona la posibilidad de efectos extraterritoriales de disposiciones y actos de la Generalitat cuando hagan referencia expresa a ellos el Estatuto y otras disposiciones legales. En el artículo 115.2 EAC se contempla el supuesto de que la Generalitat, en los casos en que el objeto de sus competencias tiene un alcance territorial superior al del territorio de Cataluña, ejerza sus competencias sobre la parte de este objeto situada en su territorio, sin perjuicio de establecer elementos de colaboración con otros entes territoriales o, subsidiariamente, de la coordinación por parte del Estado de las Comunidades Autónomas afectadas.

Esta redacción del artículo 115 EAC pone en evidencia el afán del legislador estatuyente por superar viejos problemas y efectos perversos provocados por el establecimiento de los puntos de conexión, a menudo más allá de los descritos en la Constitución para las competencias estatales. La realidad es que con gran frecuencia normas estatales fijan puntos de conexión aplicables a las competencias autonómicas para evitar efectos territoriales inherentes al ejercicio de estas competencias. En no pocas ocasiones. El efecto extra o supraterritorial fundamenta la asunción de competencias por parte del Estado. En realidad sólo ocasionalmente la jurisprudencia constitucional ha reconocido la existencia de competencias de ámbito pluriautonómico que afectan a diversas Comunidades

* Dolors Feliu i Torrent, abogada de la Generalitat de Cataluña.

Autónomas y eso no las convierte en competencias estatales. Lo ha hecho en materia de medio ambiente, pero no en materias con contenido económico. El Estatuto del 2006 quería dar un paso adelante sobre estos efectos.

2. Consideraciones generales de la Sentencia 31/2006 sobre el alcance territorial y efectos de las competencias autonómicas

En el recurso del Grupo Parlamentario Popular contra el Estatuto del 2006 se impugnó el artículo 115 EAC. En primer lugar, porque se entendía que la eficacia jurídica extraterritorial de las disposiciones y actos de la Generalitat como consecuencia del establecimiento de puntos de conexión diferentes del territorial no podía quedar a disposición del legislador autonómico, de manera que, según el recurso, el inciso del artículo 115.1 «y otras disposiciones legales» sería inconstitucional excepto si se interpreta que las disposiciones que fijan los puntos de conexión tienen que ser, en todo caso, estatales.

El Tribunal resuelve la impugnación del artículo 115 EAC reiterando su jurisprudencia que establece que, excepcionalmente, las disposiciones y actos de la Comunidad Autónoma pueden tener eficacia jurídica más allá de su territorio. También entiende que queda fuera de discusión que el Estatuto mismo pueda fijar puntos de conexión. Dicho esto, el Tribunal considera que «no es necesario» interpretar que las normas que fijan los puntos de conexión tengan que ser siempre estatales y que la impugnación es meramente preventiva frente al futuro legislador, por lo tanto la desestima sin pronunciamiento directo.

Por otra parte, se impugnaba el artículo 115.2 EAC por entender que pretendía fragmentar el objeto de competencias que han sido reservadas al Estado precisamente por el carácter supraautonómico de su objeto. Es decir, los casos donde la propia Constitución fija un punto de conexión territorial supraautonómico, como por ejemplo los ferrocarriles o los transportes terrestres. El Tribunal también considera esta impugnación preventiva y la desestima por entender que el artículo 115.2 EAC se limita al objeto de las competencias autonómicas, excluyendo precisamente los casos que son objeto de las competencias del Estado por la existencia de un punto de conexión supraautonómico.

También podemos decir que en la Sentencia se realizan unos pronunciamientos generales cuando se analiza la competencia autonómica sobre ordenación del territorio prevista en el artículo 149 EAC, especialmente en relación con el espacio marítimo, reproduciendo en este aspecto la jurisprudencia anterior contenida en la STC 38/2002 y recordando el régimen estatal del dominio público.

Es necesario decir que en toda la Sentencia el Tribunal entiende que no hace falta que el Estatuto mencione las competencias estatales para que estas puedan operar incluso por encima de los enunciados estatutarios de exclusividad, cuando el Estatuto prevé aspectos competenciales «en todo caso» de competencia de la Generalitat. Además, en el análisis de las competencias concretas vemos también la incidencia en las mismas de la declaración parcial de inconstitucionalidad del artículo 111 EAC y de la interpretación de los artículos 110 y 112 EAC, según los cuales el concepto formal de bases queda prácticamente anulado, la exclusividad de las competencias autonómicas no es excluyente y las competencias ejecutivas autonómicas no incluyen los reglamentos generales.

3. Pronunciamientos sobre competencias concretas

3.1. Sobre entidades con relevancia económica

Algunos de los artículos impugnados se refieren a competencias donde ya había existido conflictividad competencial en lo referente al alcance territorial. Entre ellos cabe destacar el artículo 120 del Estatuto sobre cajas de ahorro con domicilio en Cataluña, donde el Estatuto ya fija el punto de conexión. En el recurso se alega que la redacción concreta del artículo 120.3 EAC podría avalar una intervención inconstitucional de la Generalitat cuando las cajas domiciliadas en Cataluña tengan implantación en otras partes del territorio nacional. Aunque el Tribunal no considera inconstitucional esta parte del artículo, entiende que el hecho de que el Estatuto fije un punto de conexión no afecta a la competencia estatal básica que incluye la determinación de los puntos de conexión adicionales que el Estado considere pertinentes. Hay que recordar que el artículo 120 EAC es declarado en parte inconstitucional por reproducir la limitación formal de las bases principales, también declarado inconstitucional en el artículo 111 EAC.

La misma jurisprudencia se reitera en relación con el artículo 154 EAC sobre defensa de la competencia y en el artículo 121.1.a EAC sobre comercio electrónico, donde el Tribunal entiende que la redacción de estos preceptos no impide al Estado fijar otros puntos de conexión que limitarán la competencia más allá de lo previsto en el Estatuto.

En materia de asociaciones y fundaciones, el artículo 118 EAC incluye como punto de conexión que no se cuestiona «que desarrollen mayoritariamente sus funciones en Cataluña». En materia de cooperativas y economía social la redac-

ción final del artículo 124 EAC no incluye ningún punto de conexión, que sí que constaba en las primeras redacciones surgidas del Parlamento.

3.2. Sobre títulos afectados por una competencia estatal de objeto supraautonómico

En estos títulos el Estatuto prevé la participación en las decisiones del Estado que puedan afectar al territorio catalán. La Sentencia entiende que el Estado fijará las formas y condiciones de esta participación, que en ningún caso podrá comportar limitación al Estado para ejercer con plena libertad de decisión. En relación con la participación en organismos estatales, el Tribunal establece que debe ser regulada por normas estatales con el límite de que no puede afectar al libre y pleno ejercicio de las competencias estatales y no se puede sustanciar en organismos estatales de carácter decisorio. Así lo encontramos en relación con el artículo 117.3 EAC y la participación prevista de la Generalitat en la planificación hidrológica y en los órganos de gestión estatales de los recursos hídricos y de los aprovechamientos hidráulicos que pertenezcan a cuencas hidrográficas intercomunitarias. Esta jurisprudencia se establece con carácter general en relación con el artículo 174 EAC sobre las relaciones de la Generalitat con el Estado.

Se reitera esta jurisprudencia respecto de la competencia autonómica sobre infraestructuras del transporte y las comunicaciones en Cataluña que no tengan la calificación de interés general, artículo 140 del Estatuto, donde se prevé participación en los organismos de ámbito supraautonómico que ejercen funciones sobre las infraestructuras de transporte situadas en Cataluña, y también el informe de la Generalitat para la calificación de interés general de un puerto, aeropuerto o infraestructura de transporte situada en Cataluña. Hay que tener en cuenta que esta calificación comporta la competencia estatal sobre aquella obra o infraestructura. A pesar de la previsión estatutaria de que este interés general por infraestructuras esté previsto «legalmente», el Tribunal considera que el Estado puede hacer esta calificación mediante cualquier instrumento procedente en derecho.

El informe de la Generalitat previsto en el artículo 140 EAC sólo es legítimo si se restringe al ámbito de competencias autonómico y no impide o perturba las competencias estatales. El informe negativo sólo comportará un deber de motivación del Estado ante la Comisión Bilateral Generalitat-Estado, de acuerdo con la Disposición adicional segunda del Estatuto. Esta jurisprudencia se reitera en relación con el artículo 169.2 EAC y el informe previo de la Gene-

ralitat para la integración de líneas o servicios de transporte que transcurran íntegramente por Cataluña en líneas o servicios de ámbito superior o estatal.

Por otra parte, el artículo 140.5 EAC atribuye a la Generalitat la competencia exclusiva «sobre su red viaria en todo el ámbito territorial de Cataluña, y también la participación en la gestión de la red del Estado en Cataluña, de acuerdo con lo que establece la normativa estatal». El Tribunal entiende que la normativa estatal será la que determine finalmente si procede o no esta participación y establecerá en su caso la modalidad y alcance. Lo mismo se dice en relación con el artículo 117.2 EAC sobre competencias de ejecución de la Generalitat sobre el dominio público hidráulico y las obras de interés general.

Cabe añadir a lo que hemos mencionado anteriormente la jurisprudencia en relación con la Comisión Bilateral Generalitat-Estado, ya que el Tribunal considera que la regulación que hace el artículo 183 EAC debe interpretarse en el sentido de que no excluye otros marcos de relación, ni otorga a la mencionada Comisión nada más que la cooperación voluntaria en las respectivas competencias propias indisponibles. Quedan afectados por esta jurisprudencia el artículo 169.3 EAC, sobre participación de la Generalitat en el establecimiento de servicios ferroviarios que garanticen la comunicación con otras Comunidades Autónomas; el artículo 141.2 EAC, sobre el juego, en cuanto a la participación para autorizar nuevas apuestas estatales, o el artículo 149 EAC cuando establece el informe para «la determinación de la ubicación de las infraestructuras y los equipamientos de titularidad estatal en Cataluña».

3.3. Sobre actuación internacional

El alcance territorial de las competencias no implica la imposibilidad de proyección internacional de la cultura catalana, tal como lo prevé el artículo 127.1 EAC, y lo da por bueno el Tribunal mencionando su jurisprudencia anterior contenida en la STC 165/1994.

Sin embargo, en relación con el artículo 121.2.a EAC, la Sentencia considera que la potestad que se atribuye a la Generalitat para autorizar y declarar una feria internacional «es simple consecuencia de la previa decisión del Estado de determinar el calendario de las ferias internacionales».

ALCANCE TERRITORIAL DE LAS COMPETENCIAS AUTONÓMICAS Y PUNTOS DE CONEXIÓN

Clara Isabel Velasco Rico*

Analizaremos en este comentario, a vuela pluma, los breves párrafos de la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 31/2010, de 28 de junio de 2010, dedicados a la resolución de las dudas de constitucionalidad esgrimidas contra el artículo 115 del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 (EAC) y los pondremos en relación con las consideraciones que el Tribunal Constitucional (TC) realiza, a lo largo de la Sentencia, sobre los denominados «puntos de conexión».

La STC declara la constitucionalidad del artículo citado considerando ajustado a su doctrina, en primer lugar y en lo relativo al apartado inicial del precepto, el hecho de que el artículo 115.1 establezca que «el ámbito material de las competencias autonómicas está referido al territorio de Cataluña, excepto los supuestos a los que hace referencia expresamente este Estatuto y otras disposiciones legales que establecen la eficacia extraterritorial de las disposiciones o actos de la Generalitat». La prohibición de los efectos extraterritoriales de sus normas y actos privaría a las Comunidades Autónomas (CCAA) «pura y simplemente de toda capacidad de actuación» (STC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 1). De acuerdo con el TC, este precepto concuerda con su doctrina puesto que no desvirtúa la regla general sobre la territorialidad de las competencias autonómicas, aunque no pueda negarse, como excepción, que estas produzcan consecuencias más allá de los límites territoriales de las CCAA. Como vemos, el Tribunal para justificar la constitucionalidad del precepto recurre a un pronunciamiento, la STC 37/1981, que puede incardinarse en la denominada «tendencia jurisprudencial flexible sobre el principio de territorialidad de las competencias autonómicas». En dicha Sentencia el TC admitió la producción de efectos indirectos de una norma vasca fuera del territorio de la Comunidad Autónoma (CA), y ello basándose en el principio de unidad que informa el ordenamiento jurídico español y en la imposibilidad de fraccionarlo en «compartimentos estancos».

Asimismo, el TC subraya que del recurso de inconstitucionalidad planteado por el Grupo Parlamentario Popular no puede desprenderse que este ponga

* Clara Isabel Velasco Rico, profesora de derecho administrativo de la Universidad Pompeu Fabra.

en duda la constitucionalidad de la previsión que dispone que las normas y actos autonómicos puedan tener efectos extraterritoriales, sino que aquello que discuten los recurrentes se refiere a la norma que puede habilitar dichos efectos. De acuerdo con la fundamentación de los recurrentes, una norma autonómica que previera estos efectos sería inconstitucional. No lo sería, sin embargo, que el propio Estatuto de Autonomía (EA) contenga las previsiones necesarias para permitir, lícitamente, la producción de efectos extraterritoriales por parte de las normas y de los actos autonómicos.

La argumentación que sostiene el Tribunal para validar la constitucionalidad del precepto, y que comparte la contestación al recurso, es que la invocación que contiene «a otras disposiciones legales» no se refiere a normas autonómicas, sino que puede considerarse que está refiriéndose a normas legales de carácter estatal. Por tanto, el Tribunal Constitucional, pero también el abogado del Estado, el Gobierno de la Generalitat y el Parlamento, están cerrando, de un plumazo y sin mayor argumentación, una cuestión muy polémica doctrinalmente como es la posibilidad de que las CCAA puedan dictar normas materialmente autolimitadas. A mayor abundamiento, la representación procesal de la Generalitat considera que el contenido del precepto impugnado no afecta a la competencia estatal de fijación de los puntos de conexión para la articulación de las competencias autonómicas cuando esta operación normativa sea necesaria. Aunque hay que destacar que, curiosamente, el Tribunal Constitucional no se pronuncia sobre este extremo en los párrafos de los fundamentos jurídicos que se refieren al artículo 115.

En cuanto al apartado segundo del artículo 115.2, donde el EAC de 2006 ha recibido la doctrina jurisprudencial sobre el denominado «principio de fraccionamiento», el Tribunal no observa tacha alguna de inconstitucionalidad, al verificar que el precepto impugnado no hace más que acomodarse a lo dispuesto, entre muchas otras, en la STC 243/1994, de 21 de julio, FJ 6. Asimismo, el Tribunal considera que la impugnación del precepto es forzada y preventiva, ya que el artículo se refiere a objetos propios de competencias asumidas por la CA y, en conclusión, nada apunta a que este pueda aplicarse a materias u objetos reservados en exclusiva a la competencia del Estado. Ciertamente, el mismo recurso admite que, sólo en determinados supuestos, el carácter supraterritorial del objeto determina la competencia estatal sobre el mismo, de acuerdo con las previsiones constitucionales. Estos casos son transportes terrestres, carreteras, ferrocarriles, transporte de energía eléctrica y aprovechamientos hidráulicos. Por tanto, en cualquier otra materia distinta a las recién citadas, ante un fenómeno de ámbito supracomunitario, podrían las CCAA afectadas arbitrar su ac-

tuación conforme a lo dispuesto por el principio de fragmentación. Dicho principio se aplica, pues, a aquellos casos en los que el objeto sobre el que debe ejercerse la competencia autonómica es de carácter supracomunitario, e implica la intervención de cada Comunidad Autónoma respecto de la porción del objeto coincidente con su territorio. Este ejercicio de competencias –respecto de la parte que corresponde a cada una de las CCAA afectadas– no empece para que puedan adoptarse acuerdos de colaboración entre los entes competentes, y sólo cuando este mecanismo falle podrá acudir a la competencia estatal de coordinación. Lo que no deja sentado el TC –seguramente porque los recurrentes no se refieren a este extremo– es que esta competencia estatal de coordinación no debería ser entendida como una competencia substantiva, sino como una habilitación al Estado (a modo de *ultima ratio*) para que prevea o establezca los mecanismos adecuados que faciliten el acuerdo entre las CCAA y su actuación conjunta y/o simultánea. A nuestro entender, tampoco debería permitir al Estado el ejercicio directo de sus potestades sobre el fenómeno de alcance supraautonómico que se incardina en el ámbito material de competencia autonómica.

Pese a la parca argumentación facilitada por el TC al analizar la licitud constitucional de los dos apartados del artículo 115 del EAC de 2006, coincidimos en sus interpretaciones. Esta coincidencia, empero, va resquebrajándose al analizar las consideraciones que el TC dedica a la competencia para establecer puntos de conexión. Veremos los motivos que causan nuestra disconformidad con los argumentos del TC, tras realizar algunas consideraciones sobre la funcionalidad de los puntos de conexión establecidos en el EAC de 2006.

Recordemos que los puntos de conexión son un mecanismo que puede ampliar el ámbito material de las competencias autonómicas a aquellos supuestos en los que el objeto sobre el que deben ejercerse las competencias sobrepase el límite territorial de la Comunidad. Consiguientemente, permiten superar el principio de territorialidad estricto de las competencias autonómicas, entendido este como la prohibición de que entre las materias sobre las que las CCAA puedan ejercer sus competencias normativas o ejecutivas se encuentren objetos o fenómenos de ámbito supraterritorial. Como vemos, mediante dichos puntos de conexión se explicita la dimensión espacial del ámbito material de las competencias autonómicas. Precisamente, porque son un mecanismo para precisar el alcance de las competencias autonómicas y, a su vez, porque permiten delimitar las competencias del Estado y de las CCAA, y de estas entre sí, deben estar incluidos, a nuestro modo de ver, en el bloque de la constitucionalidad (BC) en tanto que implican una concreción del sistema de distribución de competencias esbozado en la Constitución de 1978. De acuerdo con este razonamiento, los

puntos de conexión deberían poder establecerse en los Estatutos de Autonomía, como normas complementarias de la Constitución que son en desarrollo de su título VIII, y en atención a la especial función que estas venían desarrollando históricamente en nuestro ordenamiento jurídico.

En este sentido, cabe destacar que los propios recurrentes consideran, como resume el TC, que en los supuestos en que los puntos de conexión no se encuentran previstos ni en la Constitución ni en los Estatutos la competencia para establecerlos corresponde al Estado. Sobre esta base, el Grupo Parlamentario Popular acepta, entonces, que dichos puntos de conexión pueden estar contenidos en los Estatutos de Autonomía. No obstante, parece que los recurrentes, al impugnar más adelante el artículo 154 relativo a la materia «defensa de la competencia», olvidan este detalle y sostienen que establecer puntos de conexión es una tarea que compete exclusivamente al legislador estatal (deben referirse al legislador estatal no estatutario, claro está). En esta misma línea, el abogado del Estado considera que el establecimiento de puntos de conexión para arbitrar «el ejercicio simultáneo de competencias autonómicas y estatales es un contenido típico de las normas estatales (sic) y el Estatuto, tras su paso por las Cortes Generales, suprimió, salvo en materia de asociaciones y fundaciones, toda referencia al establecimiento de puntos de conexión para el ejercicio de competencias autonómicas». ¡Como si el Estatuto no fuera una norma estatal cuya función constitucional es justamente deslindar los ámbitos competenciales de una y otra instancia!

Además de esta consideración, cabe subrayar que el EAC de 2006 conservó algunos puntos de conexión para delimitar el ámbito material de las competencias autonómicas, pese a que es cierto que, tras ser «cepillada» en las Cortes Generales, la Propuesta de Reforma del EAC perdió otros muchos de los inicialmente previstos, convirtiendo así en necesaria, en el futuro, la intervención del legislador estatal básico o sectorial, a tenor de la STC que comentamos. Debe tenerse en cuenta, igualmente, que los puntos de conexión que sobrevivieron a las modificaciones que el texto sufrió en las Cortes Generales, más que como un mecanismo de ampliación competencial, que era para lo que estaban previstos en el texto de la Propuesta de Reforma de 2005, tienden ahora a funcionar como un mecanismo de garantía del ámbito material mínimo de las competencias autonómicas. Dicha garantía, sin embargo, y como observaremos a continuación, es extremadamente débil.

La disconformidad que nos suscita el fallo deriva de la admisión de que sea el Estado, en su legislación de carácter exclusivo o en su legislación básica, quien pueda establecer «libremente» los puntos de conexión que delimiten el ámbito

material-territorial de las competencias autonómicas, tanto normativas como ejecutivas. El Tribunal así lo afirma en los fundamentos jurídicos dedicados al análisis de las siguientes materias: cajas de ahorro, comercio electrónico, defensa de la competencia, medios de comunicación social y servicios de contenido audiovisual, y agencias de colocación laboral. Esta línea doctrinal ya había sido apuntada por el Tribunal Constitucional y parece, pues, consolidarse (por todas, STC 208/1999, de 11 de noviembre, en el caso de la legislación de carácter exclusivo y STC 243/1994, de 21 de julio, en el caso de la legislación básica). Bien es cierto que el Tribunal no considera inconstitucionales los artículos referidos a las materias citadas por contener puntos de conexión, como contienen, pero interpreta que sus previsiones sobre la articulación competencial deben quedar supeditadas a lo que se establezca en las leyes estatales (básicas o sectoriales). La «libertad» con la que el TC obsequia al legislador estatal implica dejar la delimitación última del ámbito material de las competencias autonómicas al albur de lo que decida el legislador ordinario, es decir, a la suerte de lo que se acuerde entre las cambiantes mayorías políticas. Asimismo, en la Sentencia, el TC no pone coto a esa «libertad», lo que conlleva que el legislador pueda seguir estableciendo sistemas de puntos de conexión acumulativos que adicione condicionantes al ejercicio de las competencias autonómicas legítimamente asumidas, operación que hasta la fecha ha producido un detrimento directo de las mismas. Por lo visto, y lamentablemente, esta práctica va a seguir siendo posible, incluso tornando en «irreconocibles» las competencias autonómicas, y creando ámbitos de competencia estatal, con el beneplácito del TC si atendemos a su jurisprudencia anterior, gracias a la puesta en juego de criterios como el de la «afectación al interés general», siendo éste, en ocasiones, entendido como sinónimo de la simple afectación a un ámbito territorial supracomunitario.

Con la inclusión de puntos de conexión en la Propuesta de Reforma de 2005, precisamente, se estaba sustrayendo una función que habían desarrollado hasta el momento las leyes básicas, y que seguirán desarrollando estas de acuerdo con la doctrina del Alto Tribunal, en multitud de ocasiones. Sin embargo, en nuestra opinión, ello no implicaba que el Estatuto pretendiera invadir el ámbito competencial del legislador básico. La legislación básica hubiera mantenido su función substantiva, es decir, hubiera seguido conteniendo la regulación común de las materias sectoriales para todo el territorio del Estado, pese a que se hubiera visto incapacitada para delimitar las competencias de las CCAA cuyos EEAA estableciesen dicha delimitación. Y ello porque consideramos, y de ahí nuestra disconformidad con los argumentos que ofrece el TC, que la Constitución no contempla que sea facultad de las bases estatales o de la legislación del

Estado, en la mayor parte de los casos, delimitar las competencias entre Estado y CCAA. Por tanto, no sólo podrían los Estatutos sino que deberían poder desarrollar esa facultad mediante el establecimiento de puntos de conexión, cuestión que se negó ya en el paso de la Propuesta de Reforma del EAC por las Cortes. A nuestro modo de ver, la inclusión en los EEAA de puntos de conexión delimitadores de los ámbitos materiales de las competencias autonómicas no atenta contra la reconocibilidad de la función del legislador básico. Además, es preciso destacar que, en la opinión aquí defendida, el legislador estatal se ve privado de tal función en su faceta de legislador ordinario o sectorial, pero no en su faceta de legislador general o estatutario, pues es precisamente a esta última a la que corresponde completar la distribución territorial del poder prevista en la Constitución.

Finalmente, otro motivo de desacuerdo con el pronunciamiento del TC es que, como ya afirmamos, a nuestro parecer, los puntos de conexión, por la función que cumplen, únicamente deberían contenerse en normas integrantes del BC (básicamente, en la Constitución y en los EEAA), donde no es pacífico que las bases estatales puedan incardinarse.

LA COMPETENCIA EN MATERIA DE CONSULTAS POPULARES POR LA VÍA DE REFERÉNDUM EN LA SENTENCIA 31/2010 SOBRE EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE CATALUÑA

Josep M. Castellà Andreu*

1.

El art. 122 EAC, al prever la competencia exclusiva de la Generalitat «para el establecimiento del régimen jurídico, las modalidades, el procedimiento, la realización propia y la convocatoria por la misma Generalitat o por los entes locales, en el ámbito de sus competencias [...] [de] cualquier otro instrumento de consulta popular, con excepción de lo previsto en el artículo 149.1.32 de la Constitución», admite, en abstracto, tres interpretaciones posibles:

a) La más amplia, según la cual la Generalitat tiene competencia exclusiva para regular toda consulta popular, entre las cuales está el referéndum aunque no se mencione. Esta competencia tiene, no obstante, dos límites: objetivo –las consultas sólo se pueden hacer sobre cuestiones en que la Generalitat o los entes locales tengan competencias– y competencial –la autorización por el Estado de la convocatoria de «consultas populares por la vía de referéndum» (art. 149.1.32 CE). De acuerdo con esta interpretación literal del precepto estatutario, el Parlamento catalán podría regular toda la institución del referéndum, excepto la autorización de su convocatoria, que la tiene atribuida el Estado.

b) Una interpretación intermedia, de acuerdo con la cual la Generalitat puede regular el referéndum, como modalidad de consulta que es, amparándose en la cláusula residual que pone fin al art. 122 EAC («cualquier otro instrumento de consulta»), pero al hacerlo ha de ajustarse a otras normas constitucionales, además del art. 149.1.32 CE: la competencia básica del Estado sobre el régimen jurídico de las Administraciones públicas (art. 149.1.18 CE) en relación con los referéndums locales, y las reservas de ley

* Josep M. Castellà Andreu, profesor titular de derecho constitucional de la Universidad de Barcelona. Este comentario se inserta en las actividades del proyecto de investigación «Estado autonómico y democracia: los derechos de participación en los estatutos de autonomía» (MCI, DER 2009-12921).

orgánica del Estado, la del art. 92.3 CE (una ley que regula las condiciones y procedimientos de las «distintas modalidades de referéndum previstas en esta Constitución») y la del art. 81 CE (ley de desarrollo de los derechos fundamentales, entre los que está el derecho de participación directa del art. 23.1 CE). Siguiendo esta interpretación sistemática, la Generalitat no tiene competencia estrictamente exclusiva sobre el conjunto de la institución referendaria pero sí que puede aprobar una legislación propia que sea respetuosa con el marco jurídico enunciado. Mientras que en la primera interpretación –la más amplia– el Parlamento de Cataluña podría prever, por ejemplo, el tipo de referéndum de derogación de leyes, de acuerdo con la segunda mencionada, el Parlamento podría regular el referéndum siempre que se ajustara al modelo constitucional de referéndum (el consultivo sobre decisiones políticas).

c) La interpretación más restrictiva del art. 122 EAC, a partir de la cual el precepto hace mención expresa de unas modalidades de consulta (encuestas, audiencias públicas, foros de participación) que se pueden completar legalmente con otras parecidas, entre las que no figuraría el referéndum, por su diferente naturaleza jurídica (los primeros son instrumentos de democracia participativa; el referéndum lo es de democracia directa).¹ Es más, la referencia a la excepción del art. 149.1.32 CE reforzaría la idea de que «cualquier otro instrumento de consulta» no puede incluir el referéndum. De acuerdo con esta interpretación, quedaría excluida la posibilidad de que la Generalitat regulara el referéndum a partir de la competencia del art. 122 EAC.

Mientras que optar por la interpretación descrita en la opción *a*) implica declarar conforme a la Constitución el art. 122 EAC en lo que se refiere a la admisión de la competencia de la Generalitat en materia de referéndum, la opción *b*) daría lugar a una sentencia interpretativa igual que la opción *c*). Una declaración de inconstitucionalidad del precepto es difícil dada la redacción del mismo, que no menciona el referéndum, salvo que se refiriese a las consultas en general.

1. Como el mismo TC aclaró en la STC 103/2008 completando la argumentación de la STC 119/1995.

2.

La Sentencia 31/2010, en el FJ 69, opta por la última interpretación, la más estrecha de las posibles, y afirma que «la excepción en él contemplada [la del art. 149.1.32 CE] se extiende a la institución del **referéndum en su integridad**, y no sólo a la autorización estatal de su convocatoria» (negrita añadida). Ahora bien, en lugar de declarar inconstitucional todo el precepto, como pedían los recurrentes y defiende el voto particular del magistrado Rodríguez-Zapata, en el punto 12, realiza una interpretación conforme de constitucionalidad en los términos mencionados de rechazo del referéndum, que lleva al fallo. Podemos resumir los pasos de la argumentación –muy sucinta– del supremo intérprete de la Constitución en los puntos siguientes:

a) El referéndum es una especie dentro del género «consultas populares», como ya había dejado claro en la STC 103/2008, donde se define el referéndum por contener un llamamiento al cuerpo electoral, siguiendo un determinado procedimiento electoral y cumpliendo unas determinadas garantías jurídicas. La autorización de la convocatoria por el Estado sólo ocurre en relación con el referéndum y no respecto a otras especies de consultas populares, como en cambio sostenían los recurrentes que debería ocurrir.

b) La competencia de la Generalitat sobre las consultas populares mencionadas en el artículo 122 es perfectamente legítima en términos constitucionales. Ahora bien, no es una competencia exclusiva porque está sometida a diversos límites: a) materiales: la intangibilidad por esta vía del sistema constitucional vigente, y b) competenciales: las bases del régimen jurídico de las Administraciones que corresponde legislar al Estado (art. 149.1.18 CE). De esta manera y con estas condiciones, lo que hemos denominado figuras propias de la democracia participativa –mediante las cuales se expresa la opinión de individuos y colectivos (no la voluntad popular como pasa en el referéndum)– pueden ser reguladas por las instituciones catalanas, tanto para el plano autonómico como para el local.

c) La exclusión de la competencia de la Generalitat sobre consultas populares de «la entera disciplina» del referéndum. Para el Tribunal la mención de la excepción del art. 149.1.32 CE afecta no solo a la autorización de la convocatoria, sino que también ha de extenderse a «la entera disciplina de esa institución» (lo cual incluye el establecimiento y la regulación). Este entendimiento «parece implícito» en los términos utilizados

por el mismo precepto. Así pues, para el Tribunal, el inciso «cualquier otro instrumento de consulta popular» no puede incluir el referéndum. El razonamiento de la Sentencia se limita a reproducir un fragmento de la ya mencionada STC 103/2008, con lo cual parece desprenderse la continuidad con la jurisprudencia anterior. Se afirma «la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre Regulación de las Distintas Modalidades de Referéndum, es la llamada por el art. 92.3 CE para regular las condiciones y el procedimiento de las distintas modalidades de referéndum previstas en la Constitución, siendo además la única ley constitucionalmente adecuada para el cumplimiento de otra reserva, añadida a la competencial del art. 149.1.32 CE: la genérica del art. 81 CE para el desarrollo de los derechos fundamentales, en este caso el derecho de participación política reconocido en el art. 23 CE» (FJ 3). De acuerdo con esta cita, hay dos reservas de ley orgánica que ha de respetar al legislador estatutario, además de la competencia del art. 149.1.32 CE: la del art. 92.3 CE y la del art. 81 CE. Las dos se concretan en la Ley Orgánica Reguladora de las Distintas Modalidades de Referéndum, que sería la ley constitucionalmente habilitada para regular el régimen jurídico de los referéndums, incluyendo los referéndums autonómicos.

En definitiva, el Tribunal salva la constitucionalidad del art. 122 EAC a costa de interpretarlo de manera que «lo vacía de contenido», como afirma el magistrado Rodríguez-Zapata en su voto particular. Lo cual es cierto en relación con el referéndum, no con el resto del precepto.

3.

Una vez leídos los argumentos del Tribunal Constitucional, se nos plantean una serie de dudas, en las que ahora queremos detenernos, porque en nuestra opinión el FJ 69 de la Sentencia no ofrece una argumentación lo suficientemente convincente para justificar la exclusión absoluta de la institución referendaria de la competencia autonómica sobre consultas. La discrepancia se centra en el punto c) del apartado anterior en que acabamos de resumir la posición del Tribunal sobre el referéndum. En nuestra opinión, dejando de lado algunas afirmaciones discutibles, la argumentación de fondo que se desprende de lo que afirma el Tribunal no debería llevar a concluir la exclusión del referéndum del art. 122, de acuerdo con la interpretación más restrictiva que hemos señalado en el punto I, sino más bien a la que hemos llamado *intermedia*: la admisión del referéndum,

respetando las reservas legales y las competencias estatales que la Constitución establece. Lo que al fin parece que es determinante para que el Tribunal adopte la interpretación más estricta, en lugar de una menos lesiva para la competencia catalana sobre el referéndum, es el hecho de que no se mencione expresamente el referéndum en la redacción del art. 122 EAC, ni sobre todo que no aparezca ninguna referencia al sometimiento a la reserva de ley orgánica del art. 92.3 CE y/o a los títulos competenciales del Estado implicados en la materia: el art. 149.1.18 CE (para los locales) y el art. 149.1.1 CE (para los de ámbito catalán; título que por cierto no se menciona en el FJ 69). En cambio, seguramente no ha sido decisivo para el sentido de la resolución del Tribunal la calificación como *exclusiva* de la competencia sobre consultas –si atendemos al hecho de que la misma Sentencia quita valor a esta calificación, como recuerda el mismo FJ 69 remitiendo a otros fundamentos jurídicos.² Veámoslo más detenidamente.

a) De entrada, tener que deducir la competencia de la Generalitat sobre referéndum de un inciso residual, en lugar de mencionarlo expresamente, no obedece a la mejor técnica jurídica posible, vista la entidad que tiene esta institución y sus diferencias de naturaleza jurídica respecto a las citadas expresamente (modalidad de democracia directa/de democracia participativa). Parece que el legislador estatutario, tanto en el art. 122 EAC (en sede de competencias) como en el art. 29.6 EAC (en sede de derechos: el derecho a promover la convocatoria de consultas populares –sobre el cual, por cierto, el Tribunal no dice nada–), está pensando en esta figura, como lo acreditan los debates, y lo confirma la aprobación a continuación de la Ley 4/2010, de Consultas Populares por la Vía de Referéndum, por el legislador catalán ordinario. Sin embargo, el estatuyente no se atreve a incorporarla directamente y usa estas fórmulas elípticas, que no han servido para esconder el problema ni a los recurrentes ni al propio Tribunal.

b) El Tribunal se basa en la doctrina ya establecida en la STC 103/2008. En esta Sentencia se declara inconstitucional la ley vasca que re-

2. Tenemos un precedente a considerar: el Estatuto catalán de 1979 disponía de una competencia compartida de la Generalitat sobre consultas populares con relación sólo a los municipios, donde se hacía remisión expresa a las leyes y competencias estatales implicadas. Y el no mencionar explícitamente el referéndum no impidió legislar acerca del referéndum local: «Corresponde a la Generalitat el desarrollo legislativo del sistema de consultas populares municipales en el ámbito de Cataluña, de conformidad con lo que dispongan las Leyes a que se refiere el apartado 3 del artículo 92 y el número 18 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución, correspondiendo al Estado la autorización de su convocatoria» (art. 10.2).

gulaba la consulta sobre el derecho a decidir, sobre la base de tres tipos de fundamentos (competencial, sustantivo y de procedimiento). Atendiendo ahora al primero, se dice que la ley no encuentra soporte en ningún título competencial expreso del Estatuto del País Vasco (donde efectivamente no se habla de consultas) y que vulnera el art. 149.1.32 CE. Se podría deducir de la Sentencia, por el contrario, que cuando haya un título competencial que prevea las consultas populares sería conforme con la Constitución (en el caso vasco había otras causas de inconstitucionalidad de tipo sustantivo). Y añade que «solo pueden convocarse y celebrarse los referendos que **expresamente** estén previstos en las normas del Estado, incluidos los Estatutos de Autonomía, de conformidad con la Constitución» (FJ 3, negrita añadida). Como sabemos, el Estatuto catalán de 2006 es ambivalente: prevé la competencia sobre consultas populares en sentido amplio, pero no menciona expresamente el referéndum entre las especies de consultas (tampoco lo excluye como, en cambio, hace el artículo equivalente del Estatuto de Andalucía de 2007, art. 78, y el de Aragón, art. 71.27). Tampoco la Ley Orgánica de 1980 dice nada sobre el referéndum autonómico (en el caso del referéndum municipal, no lo regula pero la Disposición adicional remite a la legislación de régimen local, donde sí que se hace).

c) La Sentencia 31/2010, cuando se refiere a reservas específicas de ley orgánica para regular los referéndums,³ habla de la Ley Orgánica 2/1980 como «la única ley constitucionalmente adecuada» y parece desprenderse de eso que si la Generalitat no es competente para la regulación de «la entera disciplina» del referéndum esta tarea compete al Estado. Sin embargo, si tomamos en consideración el alcance de estas reservas de ley, la ley orgánica de desarrollo de un derecho fundamental no agota toda la legislación de la materia. De la misma manera que la LOREG no excluye la posibilidad de leyes electorales autonómicas, tampoco la LO 2/1980 tiene por qué impedir la legislación autonómica sobre el referéndum, siempre que haya base competencial. Tampoco se llega a una conclusión diferente si se tiene en cuenta la competencia del Estado en la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales (art. 149.1.1 CE), que no cierra el paso a la legislación autonómica sobre derechos.

3. El Estatuto, aprobado como ley orgánica, no podría satisfacer las reservas mencionadas: puede *prever* el referéndum pero no *regular* el régimen jurídico, de acuerdo con lo que se reitera en otras partes de la Sentencia en relación con las reservas de leyes estatales específicas, como la LOPJ o la LOFCA.

En el caso concreto de la reserva de la ley de las distintas modalidades de referéndum del art. 92.3 CE, se centra en las «previstas en esta Constitución». Entre los referéndums previstos en la Constitución no están ni los autonómicos ni los locales. Sí que encontramos, en cambio, el referéndum de reforma estatutaria (art. 152.2 CE). Y, en relación con este, la Sentencia que ahora se comenta, cuando juzga la constitucionalidad de los preceptos sobre la convocatoria de referéndum por la Generalitat (arts. 222 y 223 del Estatuto), hace referencia a lo que pasaría si algún Estatuto de Autonomía de una Comunidad Autónoma diferente de las del art. 151 CE previera el referéndum de reforma de su Estatuto, a partir de la habilitación para regular el procedimiento de reforma que hace el art. 147.3 CE (cosa que, por cierto, ya pasa en los nuevos Estatutos de la Comunitat Valenciana y Aragón). En este caso, afirma la Sentencia, «se trataría entonces de una modalidad de referéndum distinta a las contempladas en la Constitución y, por tanto, si bien no podría celebrarse sin sujeción a los procedimientos y formalidades más elementales de cuantos se regulan en la Ley Orgánica 2/1980, sí cabría excepcionar la aplicación a ella de los procedimientos y formalidades menos necesarios a los fines de la identificación de la consulta como un verdadero referéndum» (FJ 147). Si pasa eso con los referéndums de reforma estatutaria no previstos por la Constitución, ¿no se podría decir lo mismo de los referéndums autonómicos? Parece incoherente por parte de la Sentencia afirmar, por un lado, que la única ley competente para regular el referéndum es hoy por hoy la Ley Orgánica de 1980 (FJ 69) y, por otro, admitir la posibilidad de excepcionar la aplicación de los elementos menos relevantes del régimen jurídico del referéndum previsto en dicha ley orgánica a las otras regulaciones no previstas en la Constitución (FJ 147). Se puede entender, por lo tanto, que las Comunidades Autónomas pueden prever el referéndum en el Estatuto y regularlo las leyes autonómicas, respetando la reserva de ley orgánica del art. 81 CE, dado que se estaría desarrollando un aspecto concreto de un derecho fundamental, el derecho de participación directa.

4.

De acuerdo con la literalidad de la Sentencia, la Generalitat ahora no tiene competencia para regular ningún referéndum (excepto el de reforma estatutaria), ni en el ámbito catalán ni en el local. Sin embargo, como veíamos, la Sentencia no anula el precepto, sino que hace una interpretación conforme. En este sentido, el Tribunal no precisa qué pasa con el referéndum local, previsto

en la LRBRL⁴ por remisión de la LO 2/1980. Se puede interpretar que este ya tiene, pues, cobertura normativa y que el legislador catalán puede legislar sobre consultas locales de tipo referendario desarrollando las bases contenidas en la Ley de Bases de Régimen Local. De ese modo se podría salvar parte de la Ley 4/2010, de Consultas Populares por la Vía de Referéndum, que incluye tanto el referéndum autonómico como el municipal, respetando el contenido de las reservas normativas mencionadas (como expresamente declara el preámbulo). Otra cosa es lo que pasa con el referéndum autonómico: a la luz de la Sentencia, queda sin ninguna cobertura competencial.

Se ha señalado, como vía para superar la situación, la incorporación de una disposición adicional a la LO 2/1980 que excluyera la aplicación de esta ley a los referéndums autonómicos, como la que ya hay con respecto a los referéndums locales, y que dejara claro que pueden ser regulados por ley autonómica.⁵ Pero hay una diferencia con respecto a la situación de los referéndums locales anterior a la entrada en vigor del Estatuto de 2006: estos están previstos en la LRBRL. Por lo que quizás sería mejor incorporar en el texto de la LO 2/1980 algún artículo relativo a los referéndums autonómicos, con lo cual se les aplicaría el marco normativo general que esta ley establece, al que se tendría que someter la legislación autonómica reguladora de las consultas populares por vía de referéndum.

Al final será el Tribunal Constitucional el que decidirá sobre la constitucionalidad de la Ley 4/2010, ya que el gobierno del Estado ha acordado pedir al presidente del Gobierno la interposición de un recurso de inconstitucionalidad (Acuerdo del Consejo de Ministros de 23 de diciembre de 2010). Mientras tanto, el nuevo presidente de la Generalitat se ha pronunciado a favor de modificar la ley de consultas, con el fin de facilitar la participación ciudadana sin necesidad de intervención de los poderes públicos estatales (Discurso de Investidura, 20 de diciembre de 2010).

4. De hecho, el art. 71 de la LRBRL empieza diciendo, con respecto a las consultas municipales: «De conformidad con la legislación del Estado y de la Comunidad Autónoma, cuando tenga ésta competencia estatutariamente atribuida para ello...».

5. Véase el comentario de Esther Martín en este número extraordinario de la RCDP sobre la Sentencia del Estatuto y también el *Informe* sobre la STC sobre el EAC elaborado por un grupo de expertos por encargo del presidente de la Generalitat, p. 29.

COMENTARIO A LA SENTENCIA SOBRE EL ESTATUTO. COMPETENCIA EN MATERIA DE CONSULTAS POPULARES (ART. 122)

Esther Martín Núñez*

El artículo 122 EAC reconoce a la Generalitat la competencia exclusiva para el establecimiento del régimen jurídico, las modalidades, el procedimiento, la realización y la convocatoria por la propia Generalitat o por los entes locales, en el ámbito de sus competencias, de encuestas, audiencias públicas, foros de participación y cualquier otro instrumento de consulta popular, con excepción de lo previsto en el artículo 149.1.32 CE.

La STC 31/2010, de 28 de junio, avala, en su fundamento jurídico 69, la constitucionalidad del precepto estatutario pero con una interpretación marcadamente restrictiva, pues la excepción en él contemplada no se ciñe exclusivamente a la autorización de la convocatoria sino que se extiende a la institución del referéndum «en su integridad». Ello comporta, como veremos, vaciar de contenido el precepto estatutario. El Tribunal advierte que el referéndum es un tipo de consulta popular en la que su autorización, establecimiento y regulación corresponde únicamente al Estado, mientras que el régimen jurídico, las modalidades, el procedimiento, la realización y la convocatoria de las consultas en las que se recaba la opinión de cualquier colectivo sobre cualquier asunto de interés público son competencia de la Generalitat. De este modo niega en la competencia autonómica la posible inclusión del referéndum como instrumento de consulta popular, exclusión que se justifica además en la inadecuación del Estatuto como sede normativa adecuada para establecer regulaciones reservadas a las leyes orgánicas. Así, con cita de la STC 103/2008, se nos dice que «la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum, es la llamada por el art. 92.3 CE para regular las condiciones y el procedimiento de las distintas modalidades de referéndum previstas en la Constitución, siendo además la única ley constitucionalmente adecuada para el cumplimiento de otra reserva, añadida a la competencial del art. 149.1.32 CE: la genérica del art. 81 CE para el desarrollo de los derechos

* Esther Martín Núñez, profesora titular de derecho constitucional de la Universidad de Barcelona. Este comentario se inserta en las actividades del proyecto de investigación «Estado autonómico y democracia: los derechos de participación en los estatutos de autonomía» (MCI, DER 2009-12921).

fundamentales, en este caso el derecho de participación política reconocido por el art. 23 CE» (FJ 3).

Esta interpretación conforme que realiza la STC del precepto impugnado nos lleva a realizar una serie de consideraciones respecto a tres cuestiones: 1. la dimensión institucional del referéndum, 2. la competencia de la Generalitat para regular el referéndum y la autorización del Estado para su convocatoria y 3. los límites derivados de la reserva de ley orgánica.

1. La dimensión institucional del referéndum

El propio concepto de autonomía que deriva de la Constitución comporta la capacidad de las Comunidades Autónomas para configurar sus propias instituciones, aspecto esencial que debe ser previsto en los respectivos Estatutos (art. 147.2.c CE) y que ha configurado el sistema autonómico desde sus inicios. La potestad de autoorganización de las Comunidades es algo que no ofrece dudas y que permite no sólo la configuración particular que pueda tener el Parlamento o el Gobierno, como prevé expresamente el art. 152 CE, sino que también permite crear, organizar y regular las instituciones autónomas propias que canalizan la acción política de la Comunidad Autónoma, en muchas ocasiones con una configuración paralela a la estatal (Defensor del Pueblo, Tribunal de Cuentas, etc.) y avaladas por la doctrina del Tribunal Constitucional.¹ El referéndum como instrumento de participación política directa de los ciudadanos –que implica el ejercicio de un derecho fundamental– tiene también una dimensión institucional, que, de acuerdo con la forma de gobierno basada en una democracia representativa diseñada por la Constitución para las CCAA (art. 152 CE) y reiterada por el EAC, opera de forma complementaria al funcionamiento ordinario de las instituciones representativas. Es en este sentido y en el marco del art. 152.1 CE –que determina las instituciones básicas de las Comunidades Autónomas– que las consultas por vía de referéndum pueden integrarse también en el ámbito de la autonomía institucional que habilita a la Generalitat para la organización de sus instituciones de autogobierno.

1. Así, en la STC 247/2007 se afirma que «[...] los Estatutos [...] pueden incluir con normalidad en su contenido, no sólo las determinaciones expresamente previstas en el texto constitucional [...] sino también otras cuestiones [...] relativas a las funciones de los poderes e instituciones autonómicos, tanto en su dimensión material como organizativa, y a las relaciones de dichos poderes e instituciones con los restantes poderes públicos estatales y autonómicos, de un lado, y con los ciudadanos de otro» (FJ 12).

2. La competencia de la Generalitat para regular el referéndum y la autorización del Estado para su convocatoria

El art. 122 EAC atribuye a la Generalitat la competencia para regular y realizar las diversas formas de participación de los ciudadanos en las decisiones que las instituciones adopten en el ámbito de sus competencias, y lo hace de una forma sumamente amplia ya que, por un lado, enumera diferentes medios que pueden servir a este objetivo –encuestas, audiencias públicas, foros de participación– en una lista de carácter abierto y, por otro, comprende todas las funciones y potestades que se pueden actuar (régimen jurídico, modalidades, procedimientos, realización, convocatoria). Ciertamente en el precepto estatutario no se menciona expresamente el referéndum, pero la puntualización que realiza de que dichas potestades pueden realizarse salvando lo que dispone el art. 149.1.32 CE, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en «la autorización para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum», parecía indicar que el ámbito material de la competencia autonómica incorporaba el referéndum en el sentido constitucional, es decir, como una especie del género «consulta popular», tal como había sido configurado por el Tribunal. Ciertamente la técnica de distribución que utiliza el precepto constitucional no se corresponde con las categorías generales que rigen la división de competencias y que pivotan en general sobre los conceptos de legislación y ejecución, sino que opera como mecanismo de garantía de la unidad política, porque permite que las Comunidades Autónomas desplieguen todas sus potestades legislativas y ejecutivas pero reservando la decisión última de realización del referéndum a la autorización del Estado.

La STC 31/2010 viene a negar tal interpretación y argumenta la exclusión del referéndum como materia que pueda ser asumida estatutariamente en la doctrina establecida en la STC 103/2008. Sin embargo, hace una cita muy selectiva de esta. Efectivamente, en esta Sentencia podemos leer que «para calificar una consulta como referéndum o, más precisamente, para determinar si una consulta popular se verifica “por vía de referéndum” (art. 149.1.32 CE) y **su convocatoria requiere entonces de una autorización reservada al Estado** ha de atenderse a la identidad del sujeto consultado, de manera que siempre sea éste el cuerpo electoral, cuya vía de manifestación propia es la de los distintos procedimientos electorales, con sus correspondientes garantías». Sin embargo, la reciente Sentencia sobre el Estatuto catalán establece una limitación adicional: la competencia estatal no se limita a la autorización de la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum sino que se extiende «a la entera disciplina de esta institución, esto es, a su establecimiento y regulación».

Ciertamente, la interpretación del art. 122 podía ser efectuada desde una posición maximalista o minimalista siguiendo, precisamente, la propia doctrina constitucional establecida en la STC 103/2008, según la cual hay que diferenciar entre «consultas populares» y «referéndum». En primer lugar, la materia de la competencia puede hacer referencia al género «consultas populares», entre las que se incluyen las diferentes modalidades establecidas en el propio precepto estatutario: encuestas, audiencias públicas y foros de participación —aspectos que no plantean para el Tribunal ninguna duda de inconstitucionalidad.² Pero la cláusula abierta que posibilita regular «cualquier otro instrumento de consulta popular» puede ser entendida en el sentido de incluir el referéndum, salvando la competencia del Estado para autorizar su convocatoria, o en el sentido de excluirlo deliberadamente (interpretación seguida por el TC).³ La opción estatutaria partía de un presupuesto jurídico: identificar el referéndum con las consultas populares que requieren autorización del Estado (art. 149.1.32). El referéndum sería así una «especie» del «género» consulta popular que mantiene unas características propias y diferenciadas de las anteriores modalidades: el llamamiento al cuerpo electoral y el cumplimiento de determinadas garantías jurídicas propias de la legislación electoral a lo largo del procedimiento de la consulta. La competencia del Estado en esta materia quedaría así reservada a la autorización de la convocatoria de las consultas realizadas a través de referéndum, permitiendo que la Generalitat pueda regular la iniciativa y el procedimiento previo a la convocatoria. Sin embargo, el Tribunal rechaza esta lectura del precepto en tanto que la excepción que contiene el precepto estatutario «no puede limitarse a la autorización estatal para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum, sino que ha de extenderse a la entera disciplina de esta institución, esto es, su establecimiento y regulación»,⁴ apartándose de su doctrina anterior (STC 103/2008, FJ 3) en la que se declaraba inconstitucional

2. Sin embargo, con relación a estos tipos de consultas populares que se encuentran expresamente previstas en el art. 122 EAC, la Sentencia destaca que se deben circunscribir al ámbito de las competencias autonómicas y locales, por lo cual «se evidencia que no puede haber afectación alguna del ámbito competencial privativo del Estado».

3. El Tribunal Constitucional destaca que los recurrentes parten de la idea de que no es posible diferenciar, como hace el precepto estatutario, entre «consultas populares» y «referéndum», y recuerda la STC 103/2008, en la que se señala que «el referéndum es [...] una especie del género “consulta popular” [...] cuyo objeto se refiere estrictamente al parecer del cuerpo electoral conformado y exteriorizado a través de un procedimiento electoral».

4. Esta interpretación del precepto supone dejar sin cobertura competencial la reciente Ley 4/2010, de Consultas Populares por Vía de Referéndum, recientemente aprobada por el Parlamento catalán, al menos para los referéndums de ámbito autonómico y cuya constitucionalidad será decidida por el TC en el recurso interpuesto por el presidente del Gobierno.

la ley del parlamento vasco 9/2008, entre otras razones, por la falta de un «título competencial expreso».

3. Los límites derivados de la reserva de ley orgánica

El referéndum es un instrumento de participación política directa de los ciudadanos que implica el ejercicio de un derecho fundamental, el previsto en el art. 23.1 de la Constitución, y, por tanto, su desarrollo legislativo requiere ley orgánica según dispone el art. 81.1 CE. Reserva de ley que debe ser analizada junto a la previsión contemplada en el art. 92.3 CE que exige una ley orgánica para la regulación de las distintas modalidades de referéndum previstas en la Constitución. Si bien ninguno de estos dos preceptos supone la atribución de un título competencial al Estado central, el examen de los límites derivados de estas reservas debe ser posterior a la delimitación competencial de la materia referéndum. Por ello, el desarrollo legislativo sí que vincula a las Comunidades Autónomas, dado que este desarrollo sólo puede ser efectuado por las Cortes Generales (como ha reconocido el TC en la Sentencia 173/1998, de 23 de julio, señalando que «siendo cierto que la reserva de ley orgánica no supone atribución de título competencial, no lo es menos que, en virtud del art. 81.1 CE, sólo el Estado puede dictar esta forma de leyes en desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas» –FJ 7–). Es en este sentido que se debe entender que sólo será vinculante para las Comunidades el contenido de la ley orgánica que implique un desarrollo del derecho de participación, que debe deducirse de los principios de la ley (pues no pueden aplicarse miméticamente todos los requisitos materiales referidos).

En esta ocasión el TC considera que la única norma «constitucionalmente adecuada» para regular referéndums es la Ley Orgánica 2/1980, de Regulación de las Distintas Modalidades de Referéndum, que es la ley llamada por el art. 92.3, que cumple además con la reserva del art. 81 CE para el desarrollo del derecho fundamental de participación. La consideración de sus preceptos como normativa básica –no formalmente, pero sí materialmente– en materia de democracia directa del art. 23.1 CE (como parece que lo entiende el Consejo de Estado en el Dictamen de 2008 sobre la ley vasca de la consulta popular) y de acuerdo con las previsiones del art. 149.1.1 CE comportaría que fueran de aplicación a todos los referéndums como condiciones básicas. Sin embargo, la falta de previsión en la LORMR de 1980 de los posibles referéndums autonómicos no debe ser entendida como una prohibición siempre que exista base compe-

tencial.⁵ Creo que es en este sentido como hay que entender la remisión que hace la Disposición adicional de la Ley Orgánica de 1980, que excluye de su ámbito de aplicación las consultas populares que puedan celebrar los ayuntamientos salvando, en todo caso, la competencia exclusiva del Estado para su autorización. La Ley de Bases de Régimen Local, sin tener rango de orgánica y respetando las competencias autonómicas, regula los referéndums consultivos de los ayuntamientos para los asuntos de su competencia y de carácter municipal.

La competencia exclusiva de la Generalitat del art. 122 avalaría en este sentido la posibilidad de regular las consultas populares de ámbito local respetando la competencia estatal establecida en el art. 149.18 CE relativa a las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y concretada en la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, donde se reconoce la posibilidad de que las Comunidades Autónomas hayan asumido competencias en materia de consultas populares.⁶ Es en este sentido que una reforma de la ley orgánica reguladora del referéndum, que incluyera en la disposición adicional las consultas populares por vía de referéndum que puedan celebrar las Comunidades Autónomas, podría salvar esta interpretación restrictiva adoptada por la Sentencia.

5. De la misma manera que la iniciativa legislativa popular es considerada un mecanismo de participación política directa de los ciudadanos conectando el art. 23.1 (derecho fundamental de participación política) con la previsión del art. 87.3, se exige igualmente una ley orgánica para regular esta institución y esta exigencia constitucional no ha impedido que la mayor parte de Comunidades Autónomas hayan desarrollado la iniciativa legislativa popular, algunas siguiendo de forma prácticamente mimética la regulación que establece la ley orgánica prevista en el art. 87.3, otras con un carácter innovador, pero en ningún caso el hecho de que se trate de un mecanismo de participación política de los ciudadanos como manifestación de un derecho fundamental sometido a reserva de ley orgánica (como lo es el referéndum) ha impedido la regulación legislativa autonómica.

6. La competencia que el art. 122 reconoce a la Generalitat en materia de consultas populares por los entes locales es una nueva competencia. En el anterior Estatuto de 1979 las consultas populares «municipales» se encontraban reguladas en el art. 10.2. En este se atribuía a la Generalitat «el desarrollo legislativo del sistema de consultas populares municipales [...] de conformidad con lo que dispongan las Leyes a las cuales se refiere el apartado 3 del artículo 92 y el número 18 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución». Por lo tanto desaparece ahora la referencia a la ley de referéndum y a la competencia compartida de régimen jurídico de las Administraciones públicas. Esta supresión es debida a que, en el momento de aprobación del Estatuto del 79, no existía la Ley Orgánica Reguladora de las Distintas Modalidades de Referéndum y fue posteriormente la propia ley la que excluyó de su ámbito de aplicación las consultas municipales.

COMPETENCIA EN MATERIA DE CULTURA

Raimon Carrasco Nualart*

1. El artículo 127.1 EAC: el extraño caso de la competencia exclusiva compartida

La regulación que el artículo 149 CE realiza de las competencias del Estado en materia de cultura es singular porque, en este ámbito, a las competencias que prevé el artículo 149.1 hay que añadir la «atribución esencial» prevista en el artículo 149.2. Es decir, en materia de cultura, si bien el artículo 149.1.28 ciñe las competencias del Estado a la «defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación» y a los «museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal», hay que tener presente que, en virtud del artículo 149.2, «sin perjuicio de las competencias que podrán asumir las Comunidades Autónomas, el Estado considerará el servicio de la cultura como deber y atribución esencial y facilitará la comunicación cultural entre las Comunidades Autónomas, de acuerdo con ellas».

El TC ha insistido en que, en materia de cultura, existe una competencia concurrente del Estado y las Comunidades Autónomas. Y, contrariamente a lo que algunos habíamos pretendido, según el TC la competencia estatal del artículo 149.2 CE no se debe entender circunscrita al ejercicio de funciones de fomento y de prestación de servicios públicos sino que incluye potestades legislativas. Así lo declaró la STC 17/1991, según la cual la competencia legislativa del Estado sobre patrimonio cultural no es sólo la que deriva del artículo 149.1.28 CE (defensa contra la exportación y la expoliación) sino que es más amplia, ya que, de acuerdo con la doctrina fijada en la STC 49/1984, el artículo 149.2 CE permite al Estado legislar sobre la preservación del patrimonio cultural común y también sobre los aspectos que precisen tratamientos generales o que reclamen una definición unitaria. Con esta interpretación, el artículo 149.2 permite al Estado dictar, en el ámbito de la cultura, algo que se parece mucho a una legislación básica.

Pero si en el terreno legislativo las competencias de la Generalitat se han convertido en prácticamente compartidas, en cambio no se puede hablar de una

* Raimon Carrasco Nualart, abogado de la Generalitat de Cataluña.

conurrencia competencial plena entre el Estado y la Generalitat en materia de cultura, ya que, tal como reconoce la propia STC 17/1991, eso dejaría sin contenido las competencias específicas reconocidas en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía. Si, por ejemplo, el Estatuto atribuye a la Generalitat la competencia exclusiva sobre los museos no estatales, sería absurdo interpretar que el Estado y la Generalitat tienen idénticas competencias sobre estos museos. No: sobre las materias que el Estatuto atribuye a la competencia exclusiva de la Generalitat, las potestades normativas y ejecutivas corresponden a esta, sin perjuicio de que el Estado, sobre la base del artículo 149.2 CE, pueda incidir en aquello «que precise tratamientos generales» o cuando se requiera la intervención estatal porque «los bienes culturales pudieran no lograrse desde otras instancias» (STC 49/1984).

Por lo tanto, a pesar del soniquete de la competencia concurrente sobre cultura, lo cierto es que las competencias que los Estatutos atribuyen a las Comunidades Autónomas tienen unos efectos limitadores de las potestades estatales.

El Estatuto de 1979 atribuía a la Generalitat la competencia exclusiva sobre los ámbitos culturales que el artículo 149.1.28 CE no reserva al Estado (o sea, sobre patrimonio cultural –excepto la defensa contra la exportación y la explotación– y sobre museos, bibliotecas y archivos no estatales) y añadía una competencia exclusiva genérica sobre cultura. Pero el TC dio muy escaso valor a este último título competencial y, por ejemplo, en diversos conflictos sobre cinematografía prefirió aplicar otras competencias de la Generalitat, como las de espectáculos, ocio o industria.

El artículo 127.1 del Estatuto de 2006 regula las competencias de la Generalitat en materia de cultura con el objetivo, tan loable como quimérico, de reaccionar contra el ostracismo que había sufrido la competencia genérica sobre cultura del Estatuto de 1979. Por ello establece como competencia exclusiva de la Generalitat –además de las relativas al patrimonio cultural y a los museos, bibliotecas y archivos– dos nuevos títulos específicos: uno sobre las actividades artísticas y culturales (que incluye libro y cine) y otro sobre fomento de la cultura (que incluye teatro, música, audiovisual, literatura, danza y circo, así como la proyección internacional de la cultura catalana).

Los recurrentes consideraron inconstitucional el artículo 127.1 porque la atribución en exclusiva a la Generalitat de las competencias de cultura contraviene el artículo 149.2 CE e impide la incidencia de otros títulos competenciales del Estado, como el del 149.1.13 (que el TC ha aplicado en algunos conflictos sobre cinematografía) o el 149.1.3 (que impediría la competencia de la Generalitat sobre proyección internacional de la cultura).

La Sentencia declara que la exclusividad de las competencias del artículo 127.1 es constitucional pero no «enerva» las competencias concurrentes que el artículo 149.2 CE atribuye al Estado ni la posible incidencia de otros títulos incluidos en el artículo 149.1. El TC también admite la constitucionalidad de la competencia de la Generalitat sobre proyección internacional de la cultura catalana, si bien precisa, como es lógico, que la competencia estatal sobre relaciones internacionales queda intacta (la STC 17/1991 ya había afirmado que el artículo 149.1.3 CE no excluye la competencia de las Comunidades Autónomas sobre difusión internacional de la cultura).

En resumidas cuentas: el Estatuto de 2006 no aporta novedades significativas sobre el reparto de competencias en materia de cultura y la Sentencia no innova la interpretación jurisprudencial sobre esta cuestión. Estamos donde estábamos.

2. El artículo 127.3: «se requiere el acuerdo previo con la Generalitat» debe interpretarse en el sentido de que no se requiere el acuerdo previo con la Generalitat

La primera parte del artículo 127.3 dice: «En las actuaciones que el Estado realice en Cataluña en materia de inversión en bienes y equipamientos culturales se requiere el acuerdo previo con la Generalitat». El objetivo de este artículo es hacer que la previsión del artículo 149.2 CE según la cual el Estado debe actuar «de acuerdo con las Comunidades Autónomas» tenga alguna aplicación concreta (aunque hay que admitir que no está claro si, en el artículo 149.2, este «actuar de acuerdo» se refiere sólo a la función estatal de facilitar la comunicación cultural entre Comunidades o también a la de servir a la cultura). Dado que las «actuaciones en materia de inversión» a las que se refiere el artículo 127.3 se pueden entender referidas tanto a las inversiones como a las transferencias de capital del Estado, creemos que uno de los propósitos del precepto es establecer un plus con respecto a aquello que el artículo 114 EAC dispone en relación con las subvenciones en general.

El abogado del Estado defiende la constitucionalidad del precepto diciendo que, de acuerdo con la Disposición adicional segunda EAC, el artículo 127.3 sólo obliga al Estado a dar audiencia previa a la Generalitat y a motivar su decisión si discrepa del criterio expresado por la Generalitat.

La Sentencia declara que el artículo 149.2 CE, cuando dice que el Estado debe actuar «de acuerdo con las Comunidades Autónomas», hace una simple

«invocación genérica y de principio a la colaboración entre Administraciones» y añade que esta es también la interpretación que hay que dar al artículo 127.3 EAC. Con esta interpretación –que se hace constar en el fallo–, el acuerdo previo con la Generalitat no se puede considerar una condición para el ejercicio de las competencias estatales en el ámbito de la cultura. Por lo tanto, habrá que entender que basta con que el Estado intente el acuerdo con la Generalitat antes de iniciar una actuación relacionada con inversiones culturales.

En nuestra opinión, el abogado del Estado tenía razón al afirmar que el propio Estatuto, en la Disposición adicional segunda, desactiva la previsión del artículo 127.3. Pero la Sentencia, en vez de usar este argumento, prefiere aportar una precisión interpretativa sobre el inciso final del artículo 149.2 CE, y lo hace en el sentido más favorable al Estado.

3. La Disposición adicional decimotercera: Archivo de la Corona de Aragón

Sobre el Archivo de la Corona de Aragón (ACA), el Estatuto de 1979 disponía que el Estado debía crear un patronato en que tenían que estar representadas la Generalitat y otras Comunidades Autónomas. Al Gobierno estatal le costó crear este patronato: lo hizo mediante el Real Decreto 1267/2006, de 8 de noviembre, o sea más de veintisiete años después de la aprobación del Estatuto.

La Disposición adicional decimotercera del Estatuto de 2006 establece que los fondos propios de Cataluña del ACA se integran en el sistema de archivos de Cataluña. El sentido de esta disposición hay que buscarlo en el hecho de que el ACA reúne documentación muy diversa: una parte corresponde a las instituciones de la antigua Corona de Aragón pero otra parte importante corresponde a instituciones del ámbito estricto de Cataluña o de ámbitos territoriales inferiores. Probablemente la voluntad del legislador estatuyente era asignar a la Generalitat la competencia de gestión de los fondos propios de Cataluña que se encuentran en el ACA, pero la realidad es que lo único que dice es que estos fondos «se integran en el sistema de archivos de Cataluña», fórmula que es notablemente imprecisa, como lo demuestra el hecho de que el artículo 20 de la Ley 10/2001, de 13 de julio, de Archivos y Documentos, ya integra en el sistema de archivos de Cataluña no sólo los fondos catalanes del ACA sino el ACA entero, sin que ello haya tenido ninguna significación práctica.

El artículo 127.2 EAC, que asigna a la Generalitat la competencia ejecutiva sobre los archivos estatales cuya gestión no se reserve el Estado, permite la trans-

ferencia a la Generalitat de la gestión de los fondos catalanes del ACA. La Disposición adicional decimotercera refuerza esta idea pero lo cierto es que no impone ninguna obligación al Estado, probablemente porque considera que debe ser el Estado, y no el Estatuto, quien determine cuáles son los centros culturales de titularidad estatal cuya gestión no se reserva.

La Sentencia afirma que el hecho de que la Disposición adicional decimotercera integre los fondos catalanes del ACA en el sistema de archivos de Cataluña no puede significar la desaparición de la libre disposición del Estado sobre la gestión de estos fondos y precisa que la integración que el Estatuto efectúa es una calificación que sólo puede añadir una sobreprotección para estos fondos documentales. Esta última consideración parece entroncar con la STC 103/1988, que declaró que las Comunidades Autónomas, en ejercicio de sus competencias sobre patrimonio cultural, pueden establecer medidas de protección sobre el patrimonio documental custodiado en archivos de titularidad estatal.

La Sentencia, una vez más, opta por la interpretación más restrictiva para los intereses de la Generalitat. En este caso, lo hace con respecto al alcance que pueden tener las previsiones estatutarias, ya que confirma que el Estatuto no hubiera podido atribuir a la Generalitat la gestión de un archivo estatal. Pero, también una vez más, es el propio Estatuto el que, previamente, ya no había osado hacer esta atribución.

4. El artículo 155.1.b: autorización de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual

El artículo 149.1.9 CE atribuye al Estado la competencia sobre legislación de propiedad intelectual, lo cual permitió al Estatuto de 1979 asignar a la Generalitat la competencia ejecutiva en esta materia. Sin embargo, la Ley de Propiedad Intelectual atribuye al Estado la función de autorizar las entidades gestoras de derechos de propiedad intelectual, previsión que fue avalada por la STC 196/1997.

En este caso no podemos decir que el Estatuto de 2006 peca de ambiguo: el artículo 155.1.b precisa que la competencia ejecutiva sobre propiedad intelectual incluye la autorización de las entidades gestoras de derechos de propiedad intelectual que actúen mayoritariamente en Cataluña. Pero la Sentencia no da ningún valor a la norma estatutaria y la supedita, no ya a la Constitución, sino a la muy discutible interpretación que la STC 196/1997 hizo de la Constitución: «siendo el Estado el titular de la función legislativa en esta materia –dice la Sentencia del Estatuto–, al Estado corresponde decidir si tales autorizaciones pue-

den ejercerlas las Comunidades Autónomas o debe retenerlas el propio Estado para asegurar el cumplimiento sin fraccionamiento de la propia legislación».

El TC, para satisfacer su anhelo de preservar la intervención estatal en esta materia, hubiera podido aprovechar el hecho de que el propio Estatuto, al ceñir la competencia de la Generalitat a las entidades que actúan mayoritariamente en Cataluña, abre ingenuamente la puerta a la autorización por parte del Estado de las entidades que actúan indistintamente en todo el territorio español. Pero el Tribunal, con una argumentación que nos parece inaceptable, prefiere despreciar la norma estatutaria y dejarla con un valor prácticamente decorativo.

COMPETENCIA EN MATERIA DE CULTURA. COMENTARIO A LA SENTENCIA 31/2010

Enric Fossas Espadaler*

La STC 31/2010 se pronuncia en el fundamento jurídico 73 sobre la competencia en materia de cultura asumida en el artículo 127 EAC. El nuevo Estatuto no se limita a atribuir a la Generalitat la competencia exclusiva sobre «cultura», como hacía el Estatuto de 1979 (art. 9.4), sino que, siguiendo la nueva técnica empleada para la asunción competencial, el artículo 127 EAC recoge numerosas submaterias que, «en todo caso», comprende dicha competencia. Entre tales submaterias se hallan algunas que el Estatuto de 1979 contemplaba como materias: el patrimonio cultural o los centros de depósito cultural (bibliotecas, museos y archivos), con un régimen competencial específico y distinto de la materia «cultura» o fomento de la cultura. Así aparecen también en la Constitución, que distingue las materias culturales sobre las que el Estado dispone de competencias exclusivas enumeradas en el artículo 149.1 CE del «servicio de la cultura» que, «sin perjuicio de las competencias que podrán asumir las Comunidades Autónomas», el Estado considerará «como deber y atribución esencial y facilitará la comunicación cultural entre las Comunidades Autónomas, de acuerdo con ellas» (artículo 149.2 CE). Esta atribución al Estado del «servicio a la cultura» y la asunción de la «cultura» como competencia exclusiva de la Generalitat fue interpretada por el Tribunal Constitucional, en una consolidada jurisprudencia (por todas, STC 49/1984), en el sentido de que sobre dicha materia operaba un régimen de concurrencia total, paralelismo o indistinción puesto que «la cultura es algo de la competencia propia e institucional tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas».

Precisamente con base en dicha jurisprudencia, los recurrentes impugnan la exclusividad de la competencia sobre cultura predicada por el artículo 127 EAC, que a su juicio «habría de corregirse en atención a lo dispuesto en el art. 149.2 CE y a la reiterada jurisprudencia en la línea de que las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de cultura se ordenan en régimen de concurrencia» (antecedente 66). Derivado de este reproche genérico, en la demanda

* Enric Fossas Espadaler, catedrático de derecho constitucional de la Universidad Autónoma de Barcelona.

se impugnan aspectos concretos contenidos en los tres apartados del art. 127 EAC: las medidas de protección de la industria cinematográfica [apartado 1, letra *a*, segundo], por excluir la competencia estatal del art. 149.1.13 CE; la calificación de las películas y los materiales audiovisuales en función de la edad y de los valores culturales [letra *a*, tercero], por ignorar la competencia estatal para calificar películas como X o de arte y ensayo; la proyección internacional de la cultura catalana [letra *d*, tercero], por afectar al *ius contrahendi* en el ámbito internacional (art. 149.1.3 CE); la regulación del funcionamiento, organización y régimen de personal de los archivos, bibliotecas y museos de titularidad estatal [apartado 2], por exceder del concepto de «gestión» (art. 149.1.28 CE); y la exigencia de acuerdo previo con la Generalitat en las actuaciones que el Estado realice en Cataluña en materia de inversiones en bienes y equipamientos culturales, así como la previsión de fórmulas de colaboración para actividades estatales de proyección internacional de la cultura [apartado 3], por condicionar el ejercicio de competencias estatales atribuidas por los art. 149.2 CE y 149.1.28 CE, que incluyen la actividad genérica de fomento.

El Tribunal desestima todas las impugnaciones, empezando por la denuncia de exclusividad de la competencia sobre cultura enunciada por el art. 127.1 EAC, con el argumento de que aquella «no enerva las competencias concurrentes del Estado en el seno de la *propia* materia cultura» ex art. 149.2 CE, ni «cuestiona la incidencia que pueden presentar otras competencias estatales previstas en el art. 149.1 CE», de acuerdo con lo declarado en los FFJJ 59 y 64 de la Sentencia. Dichos fundamentos, analizados en otras contribuciones de la *Revista*, enjuician los preceptos estatutarios definitorios de las competencias (art. 110, 111 y 112 EAC), declarando el último de ellos que «la atribución por el Estatuto a la Generalitat de competencias exclusivas sobre una materia [...] no puede afectar a las competencias [...] sobre las materias o submaterias reservadas al Estado [...] que se proyectarán, cuando corresponda, sobre dichas competencias exclusivas autonómicas con el alcance que les haya otorgado el legislador estatal con plena libertad de configuración». El primer pronunciamiento del FJ 73 se dirige pues a salvar la calificación estatutaria de exclusividad de la competencia, siempre que se entienda que sobre *la misma materia* cultura existe una competencia concurrente del Estado (art. 149.2 CE), siguiendo la mencionada jurisprudencia, y que sobre tal materia se pueden proyectar otras competencias atribuidas al Estado por el art. 149.1 CE.

Esta declaración permite al Tribunal salvar los concretos apartados del art. 127 impugnados en el recurso: la competencia sobre medidas de protección de la industria cinematográfica no impide el ejercicio de las competencias del Estado que puedan concurrir y la competencia autonómica sobre calificación de pelícu-

las debe interpretarse sistemáticamente con las competencias estatales. La competencia sobre proyección internacional de la cultura catalana no contraviene la del Estado *ex* 149.1.3 CE, siempre que las actividades exteriores no perturben o condicionen la competencia estatal. Tampoco la atribución de las competencias ejecutivas a la Generalitat sobre centros de depósito cultural de titularidad estatal situados en Cataluña es contraria a la Constitución si se interpreta el carácter ejecutivo de acuerdo con el FJ 61 de la Sentencia, que fija el alcance de la competencia ejecutiva autonómica. Las impugnaciones de estos apartados del art. 127 EAC se desestiman sin más, con las *ratio* que contiene el fundamento jurídico 73.

Por el contrario, la impugnación del art. 127.3 EAC es rechazada mediante una interpretación conforme que se lleva al fallo. El Tribunal entiende que cuando aquel precepto estatutario exige un «acuerdo previo» con la Generalitat en las actuaciones que el Estado realice en Cataluña en materia de inversión en bienes y equipamientos culturales, «no puede entenderse que el acuerdo [...] sea una condición necesaria e inexcusable para el ejercicio de la competencia estatal en el ámbito de la cultura, de suerte que en su defecto le fuera imposible al Estado la inversión en bienes y equipamientos culturales». Dicha interpretación sería inconstitucional, pero cabría una interpretación del precepto compatible con el mandato del art. 149.2 CE, que impone al Estado el cumplimiento de sus responsabilidades en el ámbito de la cultura «de acuerdo con» las Comunidades Autónomas, «lo que implica una invocación genérica y de principio a la colaboración entre Administraciones». El precepto, en consecuencia, no es contrario a la Constitución sólo si se entiende que «la inexistencia de dicho acuerdo [de la Generalitat] no puede impedir el cumplimiento por el Estado del deber que aquel precepto [art. 149.2 CE] le impone».

En conexión con la competencia en materia de cultura, la Disposición adicional decimotercera del Estatuto de 2006 establece que los fondos propios de Cataluña situados en el Archivo de la Corona de Aragón y en el Archivo Real de Barcelona se integran en el sistema de archivos de Cataluña. Asimismo dispone que para la gestión de los fondos comunes con otros territorios de la Corona de Aragón, la Generalitat debe colaborar con el Patronato del Archivo de la Corona de Aragón, con las demás Comunidades y con el Estado a través de los mecanismos que se establezcan de mutuo acuerdo. Los recurrentes impugnaron también esta disposición por entender que establece una competencia autonómica que desconoce la del Estado referida a esos centros y por cuanto la integración de una parte de los fondos del Archivo de la Corona de Aragón en el sistema de archivos de Cataluña rompería la unidad de aquel (antecedente 66). El Tribunal también desestima esta impugnación (FJ 74) declarando que la inte-

gración en el sistema de archivos de Cataluña de sus fondos situados en el Archivo de la Corona de Aragón y en el Archivo Real de Barcelona no supone alteración del régimen unitario de estos, ni conlleva afectación alguna de la competencia estatal. Por otra parte, la previsión de colaboración de la Generalitat prevista en el segundo apartado no contravendría la Constitución en cuanto manifestación del principio de colaboración.

En apretada síntesis, estos son los pronunciamientos de la STC 31/2010 sobre la competencia en materia de cultura asumida en el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006. Una primera valoración de los mismos lleva a constatar que el Tribunal ha desactivado las nuevas técnicas de asunción de competencias incorporadas mediante la reforma estatutaria y dirigidas a garantizar ámbitos materiales (submaterias) exclusivos de la Generalitat para «blindarlos» frente a las competencias estatales. En este sentido, el ejemplo de la materia cultura resulta bien ilustrativo. El Estatuto de 1979 asumió como competencia «exclusiva» de la Generalitat la materia «cultura» (art. 9.4), lo cual no impidió que la jurisprudencia constitucional la convirtiera en una competencia en la que se produce una concurrencia total o un paralelismo competencial que permite idénticas funciones sobre la misma materia por parte del Estado y las Comunidades Autónomas. El Estatuto de 2006 ha asumido también con carácter exclusivo la materia cultura, estableciendo que comprendía «en todo caso» numerosas submaterias (art. 127 EAC). Pues bien, ello no ha impedido que el Tribunal, sin declarar la inconstitucionalidad del precepto, haya reafirmado el carácter concurrente de la competencia, consecuencia del art. 149.2 CE, y haya admitido la proyección de otras competencias estatales (art. 149.1 CE) sobre la competencia autonómica «exclusiva» en materia de cultura. A la vista de los efectos de la concurrencia competencial en una materia que se ejerce mayormente a través de la actividad de fomento, y con la experiencia de casi treinta años de desarrollo autonómico, la reforma estatutaria pretendía supeditar la inversión cultural del Estado en Cataluña al previo acuerdo de la Generalitat (art. 127.3 EAC) con el fin de someterla a la política cultural propia de la Comunidad Autónoma y reservar a aquel un papel subsidiario. Pero ello ha sido rechazado por el Tribunal, que en este punto ha dictado una Sentencia interpretativa al señalar que tal disposición no es contraria a la Constitución sólo si se interpreta que el acuerdo exigido no es necesario ni inexcusable pues si no existiera nada impediría al Estado invertir en bienes y equipamientos culturales en Cataluña.

Esta primera y breve valoración permite pues intuir, a reserva de un futuro análisis más exhaustivo, que la STC 31/2010 ha desactivado los cambios que el Estatuto de Cataluña de 2006 pretendía introducir en el régimen competencial de la materia cultura.

SENTENCIA 31/2010, DE 28 DE JUNIO

Ferran Badosa Coll*

1. La competencia en derecho civil de las Comunidades Autónomas según el art. 149.1.8 de la Constitución Española. El «derecho civil catalán» y la «materia civil»

La Constitución Española de 1978 (CE) no tiene norma de atribución de competencias civiles a las Comunidades Autónomas. No lo es el art. 148 porque no es una competencia general. Tampoco lo es el art. 149.1.8, que se limita a reconocerla en ocasión («sin perjuicio») de atribuir exclusivamente la competencia civil al Estado.

El art. 149.1.8 CE tiene dos enfoques del objeto de la competencia civil. La material, que corresponde al Estado («legislación civil», como en el art. 15.2 CRE), que abarca toda la denominada «materia civil», es decir, la que es objeto de regulación por el Código Civil Español de 1889 (CCE): fuentes del derecho, personas físicas y jurídicas, derechos reales, sucesiones, régimen matrimonial y obligaciones y contratos. Y la normativa, los «derechos civiles forales o especiales», que corresponde a las seis Comunidades Autónomas (CCAA) en el territorio de las cuales eran vigentes compilaciones de derecho civil propio («allí donde existan»). Eran las provincias de Vizcaya y Álava (1959), y las regiones de Cataluña (Ley 40/1960, de 21-VII), Baleares (1961), Galicia (1963), Aragón (1967) y Navarra (1973). Las compilaciones contenían una materia civil limitada: sectorial como los derechos de sucesiones y de régimen matrimonial e instituciones aisladas en las otras materias.

El art. 149.1.8 CE establece dos límites, interno y externo, a las competencias civiles de estas CCAA. El interno es una aparente regla de política legislativa «conservación, modificación y desarrollo». El externo son las materias reservadas, «en todo caso», exclusivamente al Estado.

El art. 129 del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 (EAC 2006) se centra en el límite externo de las seis materias reservadas al Estado; de modo que la competencia de la Generalitat se extiende al resto de la materia civil. En

* Ferran Badosa Coll, catedrático de derecho civil de la Universidad de Barcelona.

cambio, el art. 9.2 del Estatuto de Auonomía de Cataluña de 1979 (EAC 1979) se centraba en el límite interno de la «conservación...», dando por supuesto que también se aplicaba el límite externo.

2. El fundamento jurídico 76 de la STC 31/2010, de 28-VI

Su tema es el ámbito de la materia civil objeto de la competencia exclusiva de la Generalitat, tal como lo expone el art. 129 EAC 2006.

El FJ 76 tiene dos partes. La primera reproduce la interpretación de la competencia civil de las CCAA (art.149.1.8 CE) hecha por la STC 88/1993, de 12-III, para Aragón (ponente Álvaro Rodríguez Bereijo). La segunda parte la aplica al art. 129 EAC.

2.1. La doctrina de la STC 88/1993, de 12-III

Es una Sentencia para Aragón que fue reproducida por la STC 156/1993, de 6-V, para las Islas Baleares (ponente Vicente Gimeno Sendra). La segunda se limita a la materia civil regulada en las compilaciones; normalmente instituciones familiares y sucesorias.

La STC 88/1993 interpreta el art. 149.1.8 CE distinguiendo la materia civil competencia de la legislación del Estado y la de las CCAA con compilaciones de derecho civil. La primera abarca la totalidad de la materia civil; la denomina «competencia civil ilimitada *ratione materiae*».

Los puntos de la STC 88/1993 que son la premisa mayor en el razonamiento de la STC 31/2010 son los siguientes.

2.1.1. La dualidad de derechos civiles vigentes en España.

La excepcionalidad de los derechos civiles forales o especiales

La STC 88/1993 parte de la clara distinción entre «legislación civil», exclusiva del Estado, y los «derechos civiles forales o especiales [...] allí donde existan» (FJ 1). Es decir de las seis CCAA donde las compilaciones de derecho civil tienen vigencia territorial. La distinción llega a ser valorativa: la «legislación civil» sin calificativos, competencia exclusiva del Estado, es el verdadero derecho civil. La distinción se corresponde con la dualidad de derechos civiles vigentes en Espa-

ña. Por una parte, el «derecho común», en el sentido territorial de vigente en todo el Estado Español (art. 1 orig. CCE) o en otro estado (art. 1325 orig. CCE). De la otra, los derechos forales o especiales con vigencia en determinados territorios (art. 15, 1317 orig. y 14 vigente CCE). Estos dos calificativos no se avienen con el derecho civil catalán. No el de «foral» porque en Cataluña no ha habido fueros ni generales (sí en Aragón, Navarra o Valencia) ni locales porque se han denominado «*Costums*» / «*Consuetudines*» (vgr. los de Tortosa, Lérida o Girona). Tampoco el de «especial», que no existe en el art. 9.2 EAC 1979 y que fue apartado del título de la compilación de 1960 por el art. 1 de la L 13/1984, de 20-III, que la reformó haciéndola un texto refundido (RDL 1/1984, de 19-VII). El motivo era que el derecho de Cataluña no podía ser «especial» en el territorio en el que era «derecho propio» (art. 26.2 EAC 1979).

Según la STC 88/1993 la competencia civil de las CCAA es una «garantía de la foralidad civil» (FJ 1) y una «singularidad civil» (FJ 3) reconocida sólo a las CCAA con compilación. Con ello la Constitución reconocía la «historicidad» de los derechos civiles territoriales (FJ 3). Una historicidad admitida por el CCE 1889, que los había declarado subsistentes (art. 5 Ley de Bases CCE 11-V-1888 y art. 12.2 CCE orig. y 13.2 vigente). Eran los 6 enumerados en la base 13 Ley de Bases 1888 (Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra y «Provincias Vascas»). Pero al mismo tiempo es una afirmación del carácter excepcional de estos derechos hacia el CCE; ello quedaba claro en los art. 1 de la Compilación de derecho civil de Cataluña de 1960 y 1984, cuya finalidad es confirmar la vigencia del CCE y las leyes civiles estatales en Cataluña.

2.1.2. Los dos límites de la materia competencia de las CCAA

El primer límite es la «conservación, modificación y desarrollo» de normativas preexistentes que son «conceptos que dan positivamente la medida y el límite primero de las competencias» (FJ 1). No es, pues, un programa o ritmo de política legislativa sino un límite a la materia civil regulable, esta sólo es la contenida en las seis compilaciones. El segundo límite («segunda reserva competencial» FJ 1) son las 6 materias reservadas al Estado («en todo caso»). Su origen son las normas del CCE 1889 que este mismo declaró «obligatorias en todas las provincias del Reino» (art. 12.1 orig. CCE procedente del art. 5 de la Ley de Bases 1888) o «de aplicación general y directa en toda España» (art. 13.2 vigente CCE).

2.1.3. Interpretación del «desarrollo» mediante «instituciones conexas» a las de las compilaciones

Según el FJ 3 la finalidad es otorgarles «crecimiento orgánico [...] vitalidad hacia el futuro de tales ordenamientos preconstitucionales». Pero es un crecimiento limitado *ratione materiae*, ya que «ese crecimiento no podrá impulsarse en cualquier dirección ni sobre cualquier objeto [...] no significa una competencia legislativa civil ilimitada *ratione materiae*».

El «desarrollo» se define como la posibilidad de que las CCAA competentes «regulen instituciones conexas con las ya reguladas por la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho Foral» (FJ 3). La paternidad de las «instituciones conexas» es del catedrático de derecho civil de la Universidad de Zaragoza Jesús Delgado Echevarria (en una conferencia recogida en *Jornades sobre l'Estatut d'Autonomia de Catalunya*, B. 1980, p. 45).

Con las «instituciones conexas» la STC 88/1993 pretende asegurar el carácter incompleto o lleno de lagunas de las normativas civiles autonómicas y por consiguiente hacer efectiva la aplicabilidad supletoria de la norma civil estatal (art. 149.3 fin. CE). Se debe advertir que la supletoriedad de la norma estatal respecto a la territorial procede del CCE 1889 (art. 12.2 orig. a partir del art. 5 L Bases 1888, y 13.1 vigente) para resolver el conflicto de aplicabilidades resultante de la vigencia de dos normas civiles en cada uno de los 6 territorios con derecho civil propio: el suyo y el CCE, vigente en toda España.

Se debe constatar que las «instituciones conexas» imponen la identificación de la institución de partida y, por tanto, excluyen la legislación *per saltum*. Pero no exigen la inmediatez respecto de la compilada y, por lo tanto, no limitan la expansividad indefinida de la normativa.

2.2. La aplicación de la STC 88/1993 al art. 129 EAC

La hace el FJ 76 de la STC 31/2010 (también el fallo, declaración 3ª) en la interpretación que hace del art. 129 introduciéndole el límite representado por la tríada «conservación...». La competencia de la Generalitat «ha de entenderse ceñida estrictamente a estas funciones» (FJ 76.4). El FJ 76.8 señala el punto de partida: «como función normativa sólo puede tener el alcance que es propio de las funciones de conservación [...] *del Derecho civil existente en Cataluña al constituirse ésta en Comunidad Autónoma*, que son las que constitucionalmente le reconoce y garantiza el art.149.1.8 CE.»

3. La interpretación del legislador catalán, hasta el año 2010, de la competencia de «conservación...» del art. 9.2 EAC 1979

Hay tres hechos relevantes: la modificación de la Compilación y su posterior abandono como marco normativo, la Ley de Uniones Estables de Pareja de 1998 y el Código Civil de Cataluña 2002. En las dos últimas el legislador catalán interpreta el art. 9.2 EAC 1979 como una directriz de política legislativa, no como un límite de la materia civil a regular.

3.1. La modificación de la Compilación 1960. Su abandono como marco normativo; los códigos sectoriales

La modificación la hace la Ley 13/1984, de 20-III, seguida por el DL 1/1984, de 19-VII, por el que se publica la nueva redacción de la Compilación de derecho civil de Cataluña. Su finalidad principal es «constitucionalizar» la Compilación de 1960 en materia de igualdades de género y de filiación. También la «catalaniza», convirtiéndola en ley del Parlamento, traduciéndola y suprimiendo el «especialidad» del derecho catalán.

Después de 1984, el legislador catalán modificó algunas veces la Compilación: *vgr.* la Ley 8/1990, de 9-IV, sobre la Legítima; la Ley 29/1991, de 13-XII, sobre la Carta de Gracia, y la Ley 8/1993, de 30-IX, de Relaciones entre Cónyuges. Sin embargo, la tendencia es a abandonar la Compilación como marco legal por su insuficiencia. El desarrollo del derecho civil catalán se hace por leyes especiales aunque sean instituciones compiladas. Son ejemplo la Ley 9/1987, de 25-V, de Sucesión Intestada, las seis leyes sobre materia de derecho de familia entre 1991 y 1996 (enumeradas en el Código de Familia 1998, en su preámbulo I y la disposición final 1ª) la Ley 6/1990, de 16-III, de los Censos.

Finalmente, los dos grandes códigos sectoriales, el Código de Sucesiones (Ley 40/1991, de 30-XII) y el Código de Familia (Ley 9/1998, de 15-VII), dejan sin contenido los libros segundo y primero de la Compilación 1984; es decir, 273 artículos sobre un total de 344. Su finalidad declarada era la compleción de regulación para impedir que fuera efectiva la aplicabilidad supletoria del CCE (prevista en el art. 149.3 CE, el art. 13.3 CCE y el art. 1 y la disposición final 4ª de la Compilación de 1984).

3.2. La Ley de Uniones Estables de Pareja (Ley 10/1998, de 15-VII)

La Ley de Uniones Estables de Pareja (LUEP) es un caso claro de legislación *per saltum* prescindiendo de la teoría de la conexión de instituciones. La LUEP creaba una institución completamente nueva: la pareja de hecho homo y heterosexual. El preámbulo de la LUEP es una muy buena descripción de la política legislativa civil: la percepción de una necesidad social, la valoración de la oportunidad de regularla y la decisión de hacerlo, en este caso con una nueva institución jurídica diferenciada del matrimonio, cuyos efectos se regulaban el mismo día (Código de Familia, Ley 9/1998, de 15-VII). El acierto de la LUEP se manifiesta en la «translación de modelos»: todas las Comunidades Autónomas de España, incluidas las que no tienen competencia civil, tienen una ley de parejas de hecho.

3.3. El Código Civil de Cataluña

Lo planea y emprende la 1ª Ley del Código Civil de Cataluña (Ley 29/2002, de 30-XII). La Ley 29/2002 fue objeto del recurso de inconstitucionalidad nº 2099/2003, que se tuvo por desistido por el Auto del Tribunal Constitucional de 3 de noviembre de 2004.

El Código Civil de Cataluña (CCCAT) es el final de un proceso que resume el preámbulo princ. de la Ley 29/2002. En la legislación inmediatamente anterior se habla de un Código Civil catalán en el preámbulo I, par. 9, del Código de Familia (Ley 9/1998, de 15-VII), que considera el Código de Familia como un paso para llegar a aquel.

La materia del CCCAT es toda la civil, salvo las 6 reservas a favor del Estado. Así lo establece el art. 3 de la Ley 29/2002, que distribuye la materia civil en seis materias sectoriales a regular en diferentes libros. El cumplimiento de este programa ha sido el objeto principal de la tarea legislativa de la década. Son las disposiciones generales (Ley 29/2002, de 30-XII), la persona y la familia (aprobado por el Parlamento el 14-VII-2010), la persona jurídica (Ley 4/2008, de 24-IV), las sucesiones (Ley 10/2008, de 10-VII), los derechos reales (Ley 5/2006, de 10-V) y las obligaciones y los contratos. Este es el único que falta. En los cinco libros se refunde la normativa civil precedente: las leyes civiles especiales y los códigos sectoriales (el Código de Sucesiones –Ley 40/1991, de 30-XII– y el Código de Familia –Ley 9/1998, de 15-VII–).

El proceso hasta el CCCAT se caracteriza por dos ideas claramente expresadas en los dos «Manifiesto(s) en defensa del derecho civil de Cataluña» (colegios profesionales y facultades de derecho) de XI-1991 y de IX-2003. Son el rechazo a identificar el derecho civil catalán con la Compilación 1960 y su reforma de 1984 y la afirmación de que el ámbito del derecho civil catalán es toda la materia civil menos la reservada al Estado.

3.4. La constitucionalidad de la normativa civil catalana del 2010, en ejercicio de la «conservación...» del art. 9.2 EAC 1979

La constitucionalidad de esta legislación no ha sido objeto de pronunciamientos contrarios. Se deben mencionar los cinco recursos de inconstitucionalidad, todos retirados. Dos del Gobierno González, que fueron desistidos por el mismo Gobierno, contra la Ley de Sucesión Intestada (Ley 9/1987, de 25-V) y la Ley de Filiaciones (Ley 7/1991, de 27-IV). Tres del Gobierno Aznar contra la Ley de la Adquisición y la Ocupación (Ley 25/2001, de 3-XII), la Ley de Derechos Reales de Garantía (Ley 19/2002, de 5-VII) y contra la Ley 29/2002, de 30-XII. Fueron desistidos por el Gobierno Rodríguez Zapatero.

4. Observación final. La no congruencia del FJ 76 de la STC 31/2010 con la situación actual del derecho civil catalán

Se debe concluir que el art. 129 EAC 2006 es la formulación, en términos de competencia, de lo que estableció el art. 3 de la Ley 29/2002 en términos de normativa, abarcando toda la materia civil salvo las 6 materias «en todo caso». Y es evidente que ninguno de los dos artículos se aviene con la interpretación del FJ 76.4.8 de la STC 31/2010.

Por su parte la interpretación del art. 129 EAC que propone el FJ 76.8 («función normativa que sólo puede tener el alcance de conservación [...] del Derecho civil existente en Cataluña al constituirse ésta en Comunidad Autónoma») tiene una doble incongruencia. La primera está en sí misma y reside en la retroactividad, ya que pretende que, en el año 2010, la competencia civil de la Generalitat se mida según la normativa civil vigente el 29-XII-1979, que era la Compilación de 1960 y la Ley de Censos de 31-XII-1945. Esta localización temporal *ex tunc* es incompatible con la misma frase «conservación, modificación y desarrollo» que quiere aplicar. La segunda incongruencia resulta del hecho de

que el FJ 76.8 hace abstracción de la tarea normativa de la Generalitat, en ejercicio de su competencia civil. Dado que se puede pensar que la desconoce, el silencio se debe considerar como una suspensión de juicio.

Frente a la primera incongruencia es necesario actualizar la referencia a la Compilación de 1960. Esta se debe tomar como fundamento de la competencia («allí donde existan»). Pero no como descripción de la materia a regular; la «conservación, modificación y desarrollo» se deben referir a la normativa vigente en el año 2010. Frente a la segunda, es necesario valorar el silencio del FJ 76 como un juicio positivo sobre la constitucionalidad de la obra legislativa de la Generalitat hasta el 2010.

COMPETENCIA EN MATERIA DE DERECHO CIVIL

Joan Egea Fernàndez*

La tarea legislativa del Parlamento de Cataluña en materia de derecho civil se ha basado, casi desde el inicio de la recuperación del autogobierno, en el entendimiento de que esta competencia alcanza todo el derecho civil, exceptuando sólo aquello que, de acuerdo con el artículo 149.1.8.a CE, corresponde «en todo caso» al Estado. Esta interpretación se ha aceptado sin inconvenientes por los gobiernos del Estado de uno y otro signo ya que, aunque se llegaron a presentar hasta cinco recursos de inconstitucionalidad contra sendas leyes civiles catalanas, todos acabaron en desistimiento. Como ilustración de esta realidad legislativa basta con recordar que el año 1991 se inició un proceso de codificación civil que, a partir de los códigos sectoriales, ha culminado en el Código Civil de Cataluña, del que ya han sido aprobados cinco de los seis libros que lo integran. Queda pendiente sólo el libro sexto, que, atendiendo a las bases que fije el Estado, ha de regular las obligaciones y los contratos, incluyendo los contratos especiales y la contratación que afecta a los consumidores.

Partiendo precisamente de esta evidencia y con la voluntad de definir, con más precisión y claridad que el artículo 9.2 del Estatuto de 1979, el alcance de la competencia en materia civil, el artículo 129 EAC optó por una redacción que quedara al margen de los planteamientos más bien reduccionistas que había hecho el Tribunal Constitucional al pronunciarse sobre normas civiles de otras Comunidades Autónomas. De ahí que la primera novedad que presenta este precepto estatutario sea, precisamente, la identificación de la materia objeto de la competencia con el «derecho civil», sin calificativos. Es decir, quiso dejar claro que la materia «derecho civil catalán» —que era la expresión utilizada el año 1979— no se circunscribe al que existía en Cataluña al entrar en vigor la Constitución, sino que comprende todo el derecho civil, salvo, obviamente, las reglas relativas a la aplicación y a la eficacia de las normas jurídicas, las relaciones jurídicociviles relativas a las formas de matrimonio, la ordenación de los registros e instrumentos públicos, las bases de las obligaciones contractuales y las normas para resolver los conflictos de leyes.

* Joan Egea Fernàndez, catedrático de derecho civil de la Universidad Pompeu Fabra.

La fórmula utilizada parte del hecho de que el derecho civil de Cataluña no es una singularidad, un mero producto histórico que hay que conservar, sino un instrumento ordenador de la convivencia que, como tal, tiene que servir para dar respuesta a las nuevas realidades sociales. De ahí que, como decía, el objetivo fundamental de esta norma estatutaria fuera evitar que dicha competencia se identificara exclusivamente con el desarrollo legislativo de las instituciones civiles compiladas el año 1960 y, consiguientemente, que en cada nueva iniciativa legislativa hubiera que demostrar, tal como resulta de la jurisprudencia constitucional –según veremos después–, que se está desarrollando una institución que ya existía al aprobarse la Constitución. Esta es una exigencia que, aparte de obviar un dato tan relevante como es que el derecho civil catalán no nace con la Constitución, lleva, sin mucha coherencia, a hacer depender el alcance de la competencia de cada Comunidad Autónoma de una circunstancia completamente aleatoria, como es la fecha de aprobación de las compilaciones. Al respecto basta con constatar lo que es una evidencia: la extensión de las compilaciones es tributaria de la fecha concreta en que fueron aprobadas. Es decir, esta circunstancia temporal explica, por ejemplo, que la Compilación catalana, aprobada en plena dictadura el año 1960, tuviera un contenido mucho más reducido que la navarra, que lo fue el año 1973, cuando faltaban sólo dos años para iniciar el proceso de transición democrática. Con todo ello quiero decir que la Compilación de 1960 no puede ser el punto de referencia que determine indeclinablemente el alcance de la competencia de la Generalitat, entre otras razones porque nació en el contexto de un estado unitario que no reconocía ningún tipo de capacidad legislativa a Cataluña.

El planteamiento del nuevo Estatuto se basó en el convencimiento –en cierta medida desmentido ahora por el Tribunal Constitucional– de que, en el bloque de la constitucionalidad, es el Estatuto el que debe establecer de qué manera la Generalitat asume esta competencia y con qué alcance lo hace, siempre, claro está, dentro de los márgenes que establece la Constitución. Efectivamente, la STC 31/2010, de 28 de junio, lleva a concluir que el Estatuto no puede ser el instrumento normativo que permita profundizar en el autogobierno de Cataluña en materia de «derecho civil» y así lo explicita interpretando el artículo 129 EAC en un sentido que no sólo no tenía originariamente, sino que es el que precisamente se quería excluir. Para llegar a esta conclusión, el único parámetro que el Tribunal tiene en cuenta es su propia jurisprudencia, la que construyó a comienzos de los años noventa al resolver los recursos de inconstitucionalidad referidos a leyes civiles dictadas al amparo de unos Estatutos (el de Aragón del año 1982 y el de las Islas Baleares de 1983) que, no lo olvidemos, se limitaban a reproducir literalmente la fórmula utilizada por la regla 8ª del artículo 149.1 CE.

A título meramente recordatorio, identificaremos a continuación cuáles son los principales criterios que se desprenden de esta jurisprudencia, los cuales, en realidad, se pueden sintetizar en dos. El primero es que la «conservación, modificación y desarrollo del derecho civil propio» presupone la vigencia efectiva de instituciones civiles de la Comunidad Autónoma. Y el segundo, que la expresión «en todo caso» prefigura un límite del límite, es decir, una especie de contenido mínimo intangible que pertenece a la competencia del Estado. La conjunción de ambos criterios ha conducido al hecho de que el Tribunal Constitucional interpretara que lo que corresponde en todo caso al Estado es la regulación de las instituciones no contenidas en las compilaciones, lo cual, evidentemente, tiene un encaje muy forzado en la literalidad del artículo 149.1.8.a CE.

Es por eso que el mismo Tribunal, después de admitir que el Estatuto debe limitarse a atribuir competencias a la respectiva Comunidad Autónoma, matiza «[...] que la única [competencia] que el Estatuto catalán puede atribuir a la Generalitat, en el ámbito de la legislación civil, es la que tenga por objeto la conservación, modificación y desarrollo del derecho civil de Cataluña» (FJ 76). Dicho de una manera mucho más sencilla, para el Tribunal Constitucional la competencia exclusiva de la Generalitat en materia de «derecho civil» incluye tan sólo la conservación, modificación y desarrollo del derecho civil propio (que identifica con el derecho catalán vigente el año 1978, es decir, la Compilación), pero no la «legislación civil», la materia civil, que correspondería a la competencia exclusiva del Estado, de acuerdo con el primer inciso del artículo 149.1.8.a CE. Esta contraposición entre «conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, forales o especiales», de un lado, y «legislación civil», del otro, parte, en mi opinión erróneamente, del hecho de que, en abstracto, el Tribunal considera que el objeto de la competencia es materialmente diferente para el Estado y para las Comunidades Autónomas. Digo erróneamente porque no puede haber ningún tipo de duda sobre el hecho de que tanto es legislación civil la que dicta el Estado como la que aprueba el Parlamento de Cataluña.

Así pues, la Sentencia 31/2010 se limita a reproducir la jurisprudencia constitucional anterior, transcribiendo, casi de forma literal, la fundamentación de la STC 88/1993, de 12 de marzo (FJ 1), cuya doctrina se reiteró en la 156/1993, de 6 de mayo (FJ 1). Efectivamente, el mencionado FJ nº 76 recuerda cuál es el sentido que hay que dar al artículo 149.1.8.a CE y afirma que la Constitución, además de atribuir al Estado la competencia exclusiva sobre «legislación civil», introduce, a través de la autonomía política, una «garantía de la foralidad civil», es decir, garantiza la existencia de los derechos civiles autonómicos en los territorios que ya la tuvieran cuando entró en vigor. Y nos recuerda que esta garantía «[...] no

consiste en la intangibilidad o supralegalidad de los derechos civiles, especiales o forales, sino en la previsión de que los Estatutos de las Comunidades Autónomas en cuyo territorio aquellos rigieran a la entrada en vigor de la Constitución puedan atribuir a estas Comunidades competencia para su “conservación, modificación y desarrollo”».

Sobre esta base, el Tribunal Constitucional simplemente reproduce las definiciones de «conservación, modificación y desarrollo» que ya hizo en la citada STC 88/1993. En síntesis, viene a decir que la ulterior reserva al Estado que el artículo 149.1.8.a CE hace de las regulaciones que «en todo caso» se sustraen a la normación autonómica no se puede ver como una norma competencial de primer grado que delimite los ámbitos que respectivamente corresponden al Estado y a algunas Comunidades Autónomas. Da así a aquel precepto constitucional un sentido que, como ya hemos avanzado, originariamente no tenía. De hecho los conceptos «conservación» y «modificación» no presentan ningún tipo de dificultad interpretativa, sino que el problema se centra exclusivamente en determinar el significado de la palabra «desarrollo». Este es el punto primordial de la competencia y al respecto el Tribunal Constitucional se mantiene inamovible, es decir, no se aparta nada de la tantas veces citada STC 88/1993, y de aquí que afirme que el «desarrollo» del propio derecho civil se debe hacer a partir de la garantía de la foralidad civil (la historicidad, en palabras del mismo Tribunal). En fin, se mantiene en una lectura bastante restrictiva del artículo 149.1.8.a CE, que no le impide concluir que la Constitución permite una acción legislativa que haga posible el crecimiento orgánico del derecho civil, foral o especial, y que reconozca, por lo tanto, una cierta vitalidad hacia el futuro de estos ordenamientos preconstitucionales. Sin embargo, inmediatamente después, vuelve a ceñir este potencial crecimiento reiterando que «[...] con todo, no podrá impulsarse en cualquier dirección ni sobre cualesquiera objetos, pues no cabe aquí olvidar que la posible legislación autonómica en materia civil se ha admitido por la Constitución no en atención, como vimos, a una valoración general y abstracta de lo que pudieran demandar los intereses respectivos (art. 137 CE) de las Comunidades Autónomas, en cuanto tales, sino a fin de garantizar, más bien, determinados Derechos civiles forales o especiales vigentes en ciertos territorios. El término “allí donde existan” a que se refiere el art. 149.1.8 CE, al delimitar la competencia autonómica en la materia, ha de entenderse más por referencia al Derecho foral en su conjunto que a instituciones forales concretas». Esta delimitación material de la competencia legislativa *por referencia* al derecho preexistente es la que ha llevado a seguir exigiendo una «conexión» entre la nueva regulación y las instituciones ya reguladas. Es decir, niega que haya

una competencia legislativa civil ilimitada *ratione materiae* dejada a disposición de las Comunidades Autónomas, en este caso de la Generalitat de Cataluña.

De aquí que podamos concluir que, en el examen de la constitucionalidad del artículo 129 EAC, el Tribunal Constitucional se ha limitado a hacerlo pasar por el filtro de su jurisprudencia anterior, sin tomar en consideración ninguno de los cambios que introduce respecto al derogado artículo 9.2 del Estatuto de 1979. Dicho en otras palabras, entiende que el nuevo precepto estatutario no introduce ninguna novedad respecto del texto de 1979, es decir, el Tribunal Constitucional ha actuado como si la realidad legislativa catalana en esta materia no hubiera evolucionado nada. De acuerdo con esta interpretación, la manera como el nuevo Estatuto ha asumido la competencia en materia de derecho civil no tiene –ni, por lo visto, puede tener– ningún tipo de consecuencia sobre el bloque de la constitucionalidad y no es diferente de la que, en su momento, utilizó el artículo 35.1.4 del Estatuto de Aragón de 1982, el artículo 10.22 del Estatuto de las Islas Baleares de 1983 o el mismo artículo 9.2 del Estatuto de Cataluña de 1979.

Pese a todo, a efectos prácticos, la interpretación que el alto tribunal ha hecho del artículo 129 EAC no ha de comportar, si nos atenemos a los antecedentes, ningún cambio sustancial respecto de lo que en el futuro tenga que ser la política legislativa del Parlamento de Cataluña en esta materia. Será preciso, eso sí, seguir manteniendo, como hasta ahora, una interpretación amplia del criterio constitucional de la conexión, que no la limite a las instituciones compiladas, sino que aproveche cada una de las posibilidades que ofrece la misma jurisprudencia constitucional, particularmente en el punto en que admite que la conexión se puede referir a «el derecho civil [catalán] en su conjunto» (STC 88/1983, FJ 3) o a «los principios informadores peculiares del Derecho foral». Ello, en la línea que ya había propuesto el Consejo Consultivo (para todos, en el DCC nº 265, de 5 de enero de 2005) y que posteriormente ha seguido también el Consejo de Garantías Estatutarias (DCGE 13/2010, de 6 de julio), viene facilitado por el hecho de que el derecho catalán precompilado conformara un ordenamiento civil completo y autosuficiente, que tenía su propio derecho supletorio, que la Compilación ni siquiera derogó, sino que en aplicación de la doctrina de la *iuris continuatio* se limitó a sustituir. Derecho que, incluso después de haber sido aprobada la Compilación, podía ser aplicado por vía indirecta (como integrante de la tradición jurídica catalana), a través de la interpretación de la Compilación misma (art. 1.2 de la Compilación de 1960). Hoy esta afirmación sigue siendo plenamente válida, ya que el artículo 111-2 CCCat, reproduciendo lo que ya preveía la Compilación reformada en el año 1984, atribuye a la tradición

jurídica catalana una función integradora que facilita aquella conexión institucional que pide el alto tribunal. A todo esto debemos añadir un nuevo dato nada despreciable y que además ha sido avalado por el mismo Tribunal Constitucional en la Sentencia que nos ocupa (FJ 10): me refiero al reconocimiento que el artículo 5 EAC hace de la tradición jurídica catalana como fundamentadora del autogobierno de Cataluña y de la que deriva el reconocimiento de una posición singular de la Generalitat en relación con el derecho civil, la lengua y la cultura.

Para acabar este breve análisis de la STC 31/2010 en el ámbito de la competencia en materia de derecho civil, me referiré, muy sucintamente, al sistema de fuentes del derecho civil de Cataluña, la determinación del cual, según hemos dicho, el mismo artículo 129 EAC atribuye a la Generalitat. Al respecto, el Tribunal Constitucional entiende, sin que haya tenido que aludir a la exigencia de ninguna conexión específica con el derecho anterior, que la norma es plenamente constitucional y admite, de manera evidente, que el derecho civil de Cataluña conforma un ordenamiento jurídico independiente. Concluye que el Estado, en la determinación que haga del sistema de fuentes, deberá respetar las normas que, en el ejercicio de su competencia, haya podido establecer la Generalitat de Cataluña. Es decir, el Tribunal Constitucional aclara lo que parece una obviedad: la determinación del propio sistema de fuentes del ordenamiento civil de Cataluña se refiere sólo al derecho que dicte la Generalitat de Cataluña en ejercicio de su competencia.

LA COMPETENCIA EN MATERIA DE DERECHO CIVIL

Encarna Roca Trias*

1. Los precedentes

La STC 31/2010, de 28 de junio, ha declarado el artículo 129 EAC conforme a la Constitución, aunque con la interpretación que determina. Este artículo establece que «corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de derecho civil, excepto en las materias que el artículo 149.1.8 de la Constitución atribuye en todo caso al Estado. Esta competencia incluye la determinación del sistema de fuentes del derecho civil de Cataluña».

La redacción del artículo 129 EAC no era en realidad neutra, pero tuvo pocas modificaciones a lo largo de la tramitación del EAC. En los *Documents de treball* elaborados por el Instituto de Estudios Autonómicos, librados a la ponencia parlamentaria destinada a redactar un texto estatutario, el artículo 15 del borrador del texto normativo preveía un redactado en el que: i) se declaraba la competencia de la Generalitat en materia civil; ii) se incluía dentro de la competencia la determinación del sistema de fuentes, y iii) se excluían todas aquellas materias atribuidas expresamente al Estado en el artículo 149.1.8 CE. Se establecía también la competencia en materia de derecho procesal en aquello que requirieran las particularidades del derecho civil sustantivo. En el Dictamen de la Comisión de Organización y Administración de la Generalitat y Gobierno Local, publicada en el BOPC de 21 de agosto de 2005, el artículo 123 mantenía la estructura anterior, pero añadiendo un segundo párrafo en el que se decía que «la Generalitat tiene competencia exclusiva para regular las obligaciones extracontractuales y los diversos tipos de obligaciones contractuales en el marco de las bases a que hace referencia el apartado 1». Este añadido fue objeto de una enmienda del PSC, pero no desapareció del texto y con la redacción a que me he referido antes lo encontramos en la redacción del artículo 129 en la Propuesta de Reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, aprobada por el Pleno del Parlamento el 30 de septiembre de 2005.

La referencia a la competencia exclusiva en materia de obligaciones, con-

* Encarna Roca Trias, magistrada del Tribunal Supremo, Sala 1ª. Catedrática de derecho civil de la Universidad de Barcelona.

tractuales y extracontractuales desaparece definitivamente en el texto del Dictamen de la Comisión Constitucional de las Cortes Generales, de 21 de marzo de 2006. En este texto se vuelve al redactado inicial del artículo 15 del borrador del texto normativo al que ya he hecho referencia y, por lo tanto, con la distribución que ya se ha mencionado y que es la que resulta consolidada en el texto definitivamente votado y aprobado del Estatuto de Autonomía de Cataluña, Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio.

2. La relación amor/odio entre el Estado y Cataluña sobre las competencias en derecho civil

Desde el momento de entrada en vigor de la Constitución, en 1978, y del Estatuto de Autonomía de 1979, la cuestión de la interpretación de la competencia en materia de derecho civil catalán ha sido objeto de discusiones tanto en el ámbito político, y por tanto práctico, como en el ámbito teórico. Hay que recordar que el primer recurso vino de la mano del Gobierno central, que impugnó la primera ley de fundaciones, de 1981, aunque este recurso se retiró. Pasaron por este mismo trámite las leyes de sucesión intestada, 9/1987; de filiaciones, 7/1991; de la accesión y ocupación, 25/2001; de derechos reales de garantía, 19/2002, y, finalmente, la Ley 29/2002, de 3 de diciembre, primera ley del Código Civil de Cataluña, que fue impugnada en su totalidad por el presidente del Gobierno central, con el argumento de que la ley impugnada «manifiesta una pretensión codificadora que resulta incompatible con la Constitución, al tratar de establecer un régimen jurídico de Derecho civil para Cataluña, completo e independiente del Derecho civil común estatal». Los recursos contra estas leyes no han sido analizados por el Tribunal Constitucional porque finalmente el Gobierno impugnante ha retirado los correspondientes recursos y por ello no se ha producido nunca una doctrina específica en torno a la expresión *desarrollo* aplicada al derecho civil catalán.

Las sentencias del TC que interesan a efectos de la argumentación que ahora se examina son las STC 88/1993 y 156/1993. La primera constituye el precedente usado en la Sentencia 31/2010 para determinar cuál es la interpretación que hay que dar al artículo 129 EAC. La mencionada Sentencia fue dictada en un recurso de inconstitucionalidad contra una ley de Aragón sobre equiparación de los hijos adoptados a los hijos por naturaleza. Los argumentos utilizados se pueden resumir de la manera que sigue: i) la competencia en materia de derecho civil atribuida por la Constitución no tiene nada que ver con la Dispo-

sición adicional primera CE, porque esta disposición no constituye un título autónomo, ni pretende ordenar o garantizar el régimen constitucional de la foralidad civil; ii) la garantía de la foralidad civil se produce a través de la autonomía política, de manera que no se basa «en la intangibilidad o supralegalidad, de los Derechos civiles especiales o forales, sino en la previsión de que los Estatutos de las Comunidades Autónomas en cuyo territorio aquéllos rigieran a la entrada en vigor de la Constitución puedan atribuir a dichas Comunidades competencia para su “conservación, modificación y desarrollo”»; iii) la segunda parte del artículo 149.1.8 CE reserva al Estado la competencia exclusiva sobre determinadas regulaciones, pero no se trata de una norma competencial de segundo grado, sino que significa el ámbito excluido para las legislaciones civiles autonómicas, y iv) en referencia al significado de la expresión *desarrollo*, la Sentencia 88/1993 viene a decir que se trata de la ordenación de ámbitos no regulados en las vigentes compilaciones e identificados por medio del criterio de la *conexidad*: «El desarrollo de los Derechos civiles forales o especiales enuncia, pues, una competencia autonómica en la materia que no debe vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento. Cabe, pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadoras peculiares del Derecho foral».

3. Los argumentos de la STC 31/2010

Los comentaristas del artículo 129 EAC se mostraban esperanzados con respecto a la competencia en materia de derecho civil. Así, se utilizaban expresiones como que la relación con los derechos históricos, y la no adjetivación del derecho civil a que se refiere la competencia del artículo 129 EAC para evitar la limitación al derecho existente en 1978, hacían pensar que se podían superar los planteamientos expresados en la STC 88/1993. Vana esperanza, porque la STC 31/2010 simplemente reproduce los argumentos ya utilizados. Pero de la lectura del texto de la Sentencia que se comenta, expresado en el FJ 76, se pueden deducir unas conclusiones poco claras, sin dejarnos deslumbrar por las que posiblemente se puedan deducir de una lectura rápida.

Los argumentos mantenidos hasta ahora por el TC en las sentencias 88/1993 y 156/1993 se reproducen literalmente para determinar cuál es la interpretación del artículo 129 EAC que hay que utilizar para evitar la calificación de

inconstitucionalidad. Pero la utilización de la STC 88/1993 lleva a unos efectos importantes con respecto a la competencia en materia de derecho civil: i) en principio, el TC repite la idea ya expresada anteriormente según la cual el artículo 149.1.8 CE no contiene dos normas. Pienso que no es necesario volver sobre esta cuestión, ya conocida. Sí que habrá que aclarar que la atribución a las Comunidades Autónomas de la competencia sobre «conservación, modificación y desarrollo» determina el límite de las competencias atribuidas y ejercitables; ii) pero a continuación hay que determinar qué significa *desarrollo*: este permite el crecimiento del ordenamiento civil autonómico que posibilita ir más allá del histórico texto compilado, de manera que la objeción de los recurrentes sobre la interpretación de esta expresión no se puede compartir según el TC, aunque ciertas Comunidades Autónomas pueden asumir competencias consistentes en la conservación, modificación y desarrollo del derecho civil y por eso la competencia atribuida en el artículo 129 EAC «ha de entenderse ceñida a esas funciones de “conservación, modificación y desarrollo” del derecho civil catalán que son “la medida y el límite primero de las competencias asumibles y ejercitables” por las Comunidades Autónomas en virtud del art. 149.1.8ª CE» (STC 88/1993, FJ 1), y iii) por eso el objeto específico de la competencia asumida en el artículo 129 EAC será la que tenga por objeto la conservación, modificación y desarrollo.

Precisamente por ello, esta argumentación de la STC 31/2010 deja abiertos los mismos resquicios que las anteriores en que el TC ya había intentado aclarar el galimatías que constituye el artículo 149.1.8 CE, con sus indefiniciones y las excepciones de las excepciones. O sea que, reproduciendo los textos de la STC 88/1993, la STC 31/2010 cae en las mismas indefiniciones en las que se mueve ahora cualquier legislador autonómico, que sigue sin que nadie le aclare cuál es el alcance de las competencias en el «desarrollo» del derecho civil.

4. El análisis positivo de la STC 31/2010

Sin embargo, la STC 31/2010 se puede interpretar de manera que permita predecir qué podría decir el Tribunal ante futuras impugnaciones de leyes autonómicas, como lo es el Código Civil de Cataluña, por ahora no impugnado, ya que se retiraron los recursos que se referían a la Ley 29/2002, de 3 de diciembre, primera ley del Código Civil de Cataluña. La idea que deja entrever es que la *conexidad*, si bien ciertamente no corresponde a «una competencia legislativa civil ilimitada», tampoco tiene por qué producir la inconstitucionalidad del Código

Civil catalán porque: i) la forma que toma la legislación civil catalana no tiene nada que ver con el alcance de la competencia en derecho civil, y ii) la idea de *conexidad* no tiene límites fijados, más que aquello que se dice en la misma Sentencia, es decir, que no significa una competencia legislativa ilimitada *ratione materiae*. Entonces hará falta que volvamos al precedente de esta Sentencia, es decir, la STC 88/1993, que dice que la noción de *desarrollo* «permite una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquel Derecho, pues lo contrario llevaría a la inadmisibile identificación de tal concepto con el más restringido de “modificación”. El “desarrollo” de los Derechos civiles forales o especiales enuncia, pues, una competencia autonómica en la materia que no debe vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento. Cabe, pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadoras peculiares del Derecho foral». Una conclusión positiva puede ser fruto de un optimismo exagerado y propiciado por las posibilidades que ofrece la técnica de la interpretación.

El reconocimiento de la constitucionalidad de la competencia en materia de fuentes del derecho catalán se mantiene en el ámbito del galimatías creado a partir del artículo 149.1.8 CE, porque la STC 31/2010 afirma que «la competencia exclusiva sobre el Derecho civil de Cataluña, en tanto que derecho foral o especial, comprende, pues, la competencia para la determinación de las fuentes de ese específico derecho, siendo claro que esa competencia ha de sujetarse en su ejercicio a la competencia que corresponde al Estado para “la determinación de las fuentes del Derecho” en todo el territorio, por más que en dicho ejercicio el Estado venga siempre obligado a respetar los sistemas normativos privados de los distintos Derechos forales o especiales».

5. Conclusiones

Estas argumentaciones me llevan a las conclusiones de urgencia siguientes:

1. La STC 31/2010 no utiliza ningún argumento que permita constatar que el Tribunal haya llevado a cabo una evolución clarificadora en una materia redactada de manera poco clara en el texto constitucional. Se limita a repetir los argumentos utilizados en anteriores sentencias que tampoco han contribuido a aclarar nada este enrevesado tema.

2. La utilización de la expresión «derecho foral o especial», aunque es respetuosa con la literalidad del texto constitucional, indica también una falta de evolución. La Constitución de 1978 no podía hacer otra cosa que utilizar esta expresión, que ahora ha sido sobradamente superada.

3. El reconocimiento de la competencia sobre fuentes del derecho civil no resulta nada afortunada, en tanto que seguimos sin saber cuál es el orden de los «respetos» en materia de fuentes según el artículo 149.1.8 CE, en la segunda parte.

LA DECISIÓN SOBRE LAS COMPETENCIAS RELACIONADAS CON LA INMIGRACIÓN

Marco Aparicio Wilhelmi*

1. Introducción

A primera vista, la decisión del TC relativa a las competencias asumidas en el EAC en materia de «inmigración» (art. 138 EAC) no parece ser de las más controvertidas. Aunque incluya alguna referencia a la necesidad de entender la previsión estatutaria de un modo y no de otro, esto es, aunque estemos ante un supuesto de limitación del alcance de las previsiones estatutarias a través de una decisión interpretativa, la primera impresión es que la lectura dada se correspondería con el sentido barajado por el propio legislador estatuyente. Así lo confirmarían tanto los argumentos del Gobierno de la Generalitat y del Parlamento en sus alegaciones al recurso de inconstitucionalidad, como el informe de expertos encargado por el presidente de la Generalitat tras la publicación de la Sentencia, que en este punto señala que la decisión «coincide plenamente con la interpretación o comprensión del contenido de la materia defendido por las instituciones catalanas».

Ahora bien, una mirada más incisiva sobre la cuestión nos ha de ofrecer razones suficientes para entender que la decisión del Tribunal alberga una orientación marcadamente restrictiva del alcance de la previsión estatutaria interpretada.

2. Aspectos impugnados y consideraciones del Tribunal

Los recurrentes consideran que el artículo 138 del EAC («inmigración») sería inconstitucional en su conjunto, «sobre todo (sic) en sus apartados 1 y 2, por atribuir a la Generalitat competencias en materia de inmigración y vulnerar así el art. 149.1.2 CE, que inequívocamente confiere al Estado la competencia exclusiva al respecto».

* Marco Aparicio Wilhelmi, profesor lector de derecho constitucional de la Universidad de Girona.

El apartado primero establece que «en materia de inmigración» la Generalitat tiene competencia exclusiva en materia de primera acogida de las personas inmigradas, «que incluye las actuaciones socio-sanitarias y de orientación»; competencia sobre el desarrollo de la política de integración de las personas inmigradas en el marco de sus competencias, y, además de otros aspectos como el referido al retorno de emigrantes a Cataluña, competencia para el establecimiento y la regulación de las medidas necesarias para la integración social y económica de las personas inmigradas y para su participación social.

Respecto de esta asunción, el Tribunal considera que el precepto impugnado admite una interpretación conforme con la Constitución si se entiende «que las potestades en él recogidas no se traducen en la atribución a la Generalitat de competencia alguna en materia de inmigración, siendo lo relevante a la hora de pronunciarse sobre la constitucionalidad del precepto, no su rúbrica o la denominación de la materia o título competencial en cuestión, sino el alcance material de las concretas competencias o potestades estatutariamente atribuidas a la Comunidad Autónoma». Como argumento central toma el empleado por el abogado del Estado, para quien «la evolución del fenómeno inmigratorio en España impide configurar la competencia estatal *ex art. 149.1.2 CE* como un título horizontal de alcance ilimitado que enerve los títulos competenciales de las Comunidades Autónomas de carácter sectorial con evidente incidencia en la población migratoria». Finalmente cierra sus apreciaciones afirmando que «precisamente en el contexto de la integración social y económica de la población inmigrante se insertan el conjunto de competencias o potestades, de evidente carácter asistencial y social que el art. 138.1 EAC atribuye a la Generalitat».

En virtud del apartado segundo del mismo artículo 138, corresponde a la Generalitat la competencia ejecutiva en materia de autorización de trabajo a los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Cataluña. Esta competencia, prosigue el mismo precepto, «se ejerce necesariamente en coordinación con la que corresponde al Estado en materia de entrada y residencia de extranjeros» e incluye la tramitación y resolución de las autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia o ajena y la tramitación y resolución de los recursos que se deriven de tal procedimiento, así como la aplicación del régimen de inspección y sanción.

La parte recurrente entiende que la autorización de trabajo es claramente encuadrable en la materia de inmigración, y no en la legislación laboral, «como se desprende del hecho de que dicha autorización siempre se ha regulado en la legislación de extranjería». Para el Tribunal, el Estado, «como titular de la competencia preferente entre las que concurren a la regulación del régimen jurídico de los extranjeros en tanto que inmigrantes, no puede hacer entera abstracción,

sin embargo, de competencias sectoriales atribuidas a las Comunidades Autónomas, como es el caso, en lo que importa ahora, de la competencia ejecutiva en materia de legislación laboral».

Finalmente, el tercer apartado dispone la participación de la Generalitat «en las decisiones del Estado sobre inmigración con especial trascendencia para Cataluña y, en particular, la participación preceptiva previa en la determinación del contingente de trabajadores extranjeros a través de los mecanismos previstos en el título V». Frente al cuestionamiento, referido en general al título V EAC, del hecho de que estatutariamente se determine la forma en que el Estado ha de ejercer sus propias competencias, el Tribunal considera que «el Estatuto de Autonomía, en tanto que norma institucional básica de la Comunidad Autónoma, no es una sede normativa impertinente, con una perspectiva constitucional, para prever, con la generalidad que se hace en el precepto recurrido, mecanismos o fórmulas cooperativas como las que en él se enuncian en asuntos tales como los relativos a la inmigración».

3. Sobre el concepto de integración social de las personas inmigrantes

La argumentación sustentada en la Sentencia parte de la necesidad de encontrar un equilibrio entre la competencia estatal en inmigración y las competencias sectoriales autonómicas y resulta suficiente para salvar la constitucionalidad del artículo 138.1 en su integridad. Ahora bien, en su decisión el Tribunal parece aceptar la visión limitada del concepto de integración social que maneja el abogado del Estado, para quien «la atribución competencial en materia de inmigración que aparenta hacerse a la Generalitat realmente se refiere a la materia de asistencia social». Sin poder en este momento ahondar en la cuestión, es necesario señalar que la noción de integración social de las personas inmigrantes debe ser referida no tanto al conjunto de medidas asistenciales que puedan ofrecer las Administraciones competentes sino, de manera previa, al régimen mismo de ejercicio de los derechos. Visto de este modo, tendrían competencia en materia de integración social de personas inmigrantes no el Estado de manera exclusiva, por ser titular de la competencia de inmigración, sino todas las autoridades en el ámbito de su capacidad de incidencia en la configuración y desarrollo de los derechos y libertades.

4. Competencia en materia laboral y competencia en inmigración

Sin duda, la cuestión más compleja de discernir es la relativa a la constitucionalidad de la competencia de ejecución en materia de autorizaciones de trabajo. Señala la parte recurrente, como hemos visto, que la autorización de trabajo es materia de inmigración y no laboral, «como se desprende del hecho de que dicha autorización siempre se ha regulado en la legislación de extranjería». Frente a tal afirmación, hubiese sido deseable que el Tribunal se hubiera animado a subrayar las razones que hacen que aunque hasta el momento la autorización para trabajar ha sido el elemento central en la articulación del régimen de extranjería, desde el punto de vista competencial se trata de un asunto propio de la legislación laboral.

Una de las razones estaría en que, en virtud del artículo 13.1 CE, las personas extranjeras son titulares del derecho al trabajo, junto con el resto de derechos del título I, con las excepciones referidas al derecho de sufragio que establece el mismo artículo 13 en su segundo apartado. Por ello, no se puede afirmar sin más que el acceso al trabajo sea una cuestión no únicamente propia del régimen de extranjería, pues hablamos del ejercicio de un derecho constitucional que debe desarrollarse de acuerdo con las previsiones competenciales.

Una segunda razón sería que el criterio esencial para autorizar la entrada y permanencia de inmigrantes podría perfectamente desligarse de la previa existencia de un vínculo laboral. En otras palabras, la *laboralización* del régimen de extranjería, por mucho que se trate de algo que siempre ha estado en nuestra legislación de extranjería (desde 1985), no deja de ser una opción política que, en caso de ser tomada por quien es competente según el artículo 149.1.2 CE, debe asumirse en el marco de la distribución competencial establecido por la Constitución y los Estatutos de Autonomía.

Debe decirse que la previsión estatutaria impugnada contribuye a consolidar la mencionada *laboralización* pues incorpora sin más matiz la existencia de la autorización de trabajo como vía de acceso a la condición de inmigrante en situación regular. Es más, se aferra a las características específicas del actual modelo, de nuevo fruto de una opción política modificable, consistente en que la autorización inicial de trabajo necesariamente incorpora una limitación de su alcance territorial.

5. La inmigración como competencia preferente y su insuficiente delimitación

La expeditiva manera con la que el Tribunal solventa las dudas planteadas por la parte recurrente deja de lado la posibilidad de un análisis jurisprudencial más extenso de la cuestión esencial en este punto, que no es otra que la delimitación de la materia «inmigración» recogida al mismo tiempo por el artículo 149.1.2 CE y el artículo 138 EAC. Sólo en dos ocasiones el Tribunal se refiere a dicha cuestión. En primer lugar, cuando afirma que «es evidente que la competencia en materia de entrada y residencia de extranjeros se inscribe en el ámbito de la inmigración y la extranjería». En segundo lugar, al señalar que «al Estado ha de corresponder, con carácter exclusivo, la competencia en cuya virtud se disciplina el régimen jurídico que hace del extranjero un inmigrante». Más allá de estas referencias no se precisa qué elementos o hasta qué nivel de precisión debe el Estado de manera exclusiva regular «el régimen jurídico que hace del extranjero un inmigrante».

Debe entenderse, aunque el Tribunal no lo precise, que el Estado resultará competente para el establecimiento de la distinción misma entre nacional y extranjero así como de las líneas generales de la política migratoria o, en otras palabras, del «control de fronteras y la entrada y residencia de extranjeros», como señala el Parlamento en sus alegaciones.

Por las razones expuestas, resulta defendible que el EAC haya incorporado explícitamente, y no como el «juego de palabras» al que se refiere la parte recurrente, el término «inmigración» como título competencial. De este modo se pone de manifiesto la necesidad de entender que se trata de una materia más amplia de la que se derivaría de su conexión con la extranjería y sobre la que es necesario, en un contexto en el que cada vez la inmigración afecta a más aspectos de la actividad reguladora, que las distintas instituciones asuman, de manera coordinada, como recoge con claridad el artículo 138 EAC, la regulación de dicha materia. Se trata de una apuesta por adaptar el modelo de descentralización territorial a la realidad actual de una materia que en 1978 se zanjó como competencia estatal junto con la de extranjería. Se trata también, sin duda, de una apuesta *federalizante* del modelo, una opción que aunque sea debatible políticamente no parece que quede fuera del marco constitucional, como pretende la parte recurrente. Esta apuesta, aunque no sea en este punto rechazada frontalmente, trata de ser frenada por el Tribunal cuando afirma que el Estado es «titular de la competencia *preferente* entre las que concurren a la regulación

del régimen jurídico de los extranjeros en tanto que inmigrantes». El problema está en que el Tribunal combina ese carácter preferente con una insuficiente delimitación de la materia, de manera que abre las puertas a una comprensión restrictiva del ámbito competencial autonómico cuando pueda afectar al régimen de extranjería o a las políticas migratorias.

Por este motivo resulta importante que la misma legislación en materia de extranjería parta de la comprensión de que se trata de una materia que requiere de la participación de distintos actores, en la línea incorporada por la LO 4/2000 tras la reforma operada en 2009, sin duda motivada en este punto por el empuje del nuevo Estatuto.

COMPETENCIA EN MATERIA DE INMIGRACIÓN

David Moya Malapeira*

Al margen de todas las reflexiones y objeciones de carácter general que se puedan hacer a la Sentencia, en materia de inmigración la STC de 9 julio de 2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña tiene la virtud de ser la primera sentencia del Tribunal Constitucional donde se analiza abiertamente el título competencial «inmigración» recogido en el art. 149.1.2 CE. Al analizarlo, el Tribunal ha fijado su posición sobre la interpretación constitucionalmente correcta de este título competencial y ha ofrecido algunos criterios para su correcta delimitación respecto de otros títulos competenciales conexos en manos de las Comunidades Autónomas, generalmente de carácter sectorial.

Antes de entrar a analizar el contenido de la Sentencia quizá sea necesario un breve recordatorio sobre las diferentes lecturas suscitadas por el título competencial «inmigración» del art. 149.1.2 CE. Con anterioridad a la presente Sentencia y hasta mediados de los años noventa la interpretación predominante del alcance de este título competencial era potencialmente extensiva, en el sentido de considerarla una competencia exclusiva y excluyente del Estado para actuar sobre cualquier ámbito relacionado con extranjería e inmigración. Esta interpretación fue cediendo paso a una lectura más acotada y sensible de las competencias autonómicas sectoriales sobre muchos ámbitos relacionados con la inmigración (enseñanza, sanidad, servicios sociales, etc.), evolución interpretativa que fue extendiéndose a medida que se consolidaba definitivamente el Estado autonómico y crecía la cifra de inmigrantes en todo el territorio español, pero muy especialmente en determinadas Comunidades Autónomas (Madrid, Cataluña, Valencia, Andalucía, Murcia, Aragón, etc.). Las sucesivas reformas de las leyes y reglamentos de extranjería así lo reflejan, hasta el punto de que la fundamental LO 4/2000¹

* David Moya Malapeira, lector doctor de derecho constitucional y subdirector del Instituto de Derecho Público, Universidad de Barcelona. Este artículo forma parte del proyecto de investigación «Reformas estatutarias y nuevos instrumentos de relación entre el Estado y las Comunidades Autónomas» (DER 2008-04108/JURI).

1. Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y de su Integración Social, reformada por las Leyes Orgánicas 8/2000, de 22 de diciembre, 11/2003 y 14/2003 (BOE nº 10, de 12 de enero de 2000; BOE nº 307, de 23 de diciembre de 2000; BOE nº 234, de 30 de septiembre de 2003; BOE nº 279, de 21 de noviembre de 2003).

estableció un órgano de coordinación permanente entre el Estado y las Comunidades Autónomas, el Consejo Superior de Política de Inmigración. Será a partir de esta ley, y sobre todo de su reglamento ulterior, el Real Decreto 2394/2004², cuando se operará una limitada desconcentración hacia Comunidades Autónomas y entes locales de determinadas gestiones sobre inmigración, en materias como los informes de adecuación de vivienda con fines de reagrupación familiar, los informes de arraigo social o incluso la asignación de nuevas funciones del padrón municipal. A pesar de continuar siendo el Estado el titular de estas competencias, este cambio de enfoque parecía simbolizar no sólo un reconocimiento del espacio que podían ocupar otras Administraciones más próximas y quizás mejor preparadas para afrontar la realidad de la inmigración (y al mismo tiempos titulares de competencias necesarias o instrumentales para el ejercicio de las competencias estatales), sino que también parecía simbolizar la superación de aquella percepción más tradicional respecto de la distribución competencial en este ámbito.³

En el año 2006, la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña⁴ supuso un nuevo paso adelante en este sentido, al dotar de un fundamento estatutario más sólido a algunas intervenciones autonómicas en materia de inmigración, planteamiento nada ajeno por otra parte a la idea de fondo de que el Estatuto puede reformular la interpretación consolidada de determinados títulos competenciales estatales, como mínimo con respecto a su aplicación a la concreta Comunidad Autónoma donde es de aplicación.⁵ Eso sí, esta reordenación resultó

2. Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica (BOE nº 6, de 7 de enero de 2005).

3. Aja, Eliseo: «Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de inmigración» en *Informe Comunidades Autónomas 1999*, Ed. Instituto de Derecho Público, Barcelona 2000. Encarnado, Eduard: «Polítiques públiques i d'immigració a Catalunya: participació i competències» en *VVAA: Les condicions de vida de la població d'origen no comunitari a Catalunya*, Ed. Instituto de Estudios Regionales y Metropolitanos de Barcelona, Barcelona 2004. Eduard Roig y José Joaquín Fernández Alles en Revenga, Sánchez, Miguel (coord.): *Problemas constitucionales de la inmigración: una visión desde Italia y España. II Jornadas Italo-españolas de Justicia Constitucional*, Ed. Tirant lo Blanch-Giuffé Editore-Universidad de Cádiz, Valencia 2005. Montilla, José Antonio: «Inmigración y Comunidades Autónomas» y Pajares, Miguel: «Las políticas locales en el ámbito de la inmigración», en el libro de Aja, Eliseo y Arango, Joaquín: *Veinte años de inmigración en España. Perspectivas jurídica y sociológica*, Ed. Fundación CIDOB, Barcelona 2006.

4. Ley Orgánica 6/2006 de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (BOE nº 172, de 20 de julio de 2006, publicado en catalán a efectos de darle publicidad por el Decreto 306/2006, de 20 de julio –DOGC nº 4680, de 20 de julio de 2006–).

5. La elección del instrumento jurídico no es fortuita: como norma institucional básica y superior del ordenamiento jurídico de Cataluña, vinculada de manera muy especial con la Constitución, el Estatuto de Autonomía juega un papel clave en el desarrollo y concreción de los ámbitos materiales en los cuales Cataluña es competente, así como también en qué niveles será competente: legislar plenamente, desarrollar la legislación básica estatal o simplemente aplicar y desarrollar la normativa estatal. Al proponer una interpretación más restrictiva de las competencias estatales y fijar un conjunto más amplio de competencias autonómicas se pretende reformular una competencia e imponer su obligado respeto a todas las Administraciones, dado el carácter pactado y de norma dual, estatal y autonómica, de los Estatutos de Autonomía.

mucho más moderada en el texto estatutario finalmente aprobado que en los borradores y propuestas iniciales de algunos grupos parlamentarios a lo largo de su tramitación en el Parlamento de Cataluña, pues –sin prejuzgar el fondo de la Sentencia– en comparación con las versiones iniciales del mismo el texto final no parecía vaciar o alterar sensiblemente lo que se consideraba el núcleo duro de las competencias estatales sobre inmigración (gestión de flujos, controles de entrada y residencia, régimen sancionador y especialmente expulsión, policía de extranjería, etc.), vinculadas a la posición del Estado como garante de la unidad del modelo de gestión migratoria. Aún así, la asunción por vía estatutaria de la intervención sobre determinados ámbitos relacionados con la inmigración en virtud de competencias autonómicas conexas fue objeto de crítica al considerar el recurso del Grupo Parlamentario Popular que esta operación desposeía al Estado de una parte de sus competencias exclusivas sobre inmigración.

Si se dejan fuera de este breve análisis otras disposiciones estatutarias de aplicación a los extranjeros que aquí no podremos analizar por razones de espacio⁶ y nos centramos en el art. 138 EAC y las tres o cuatro cuestiones principales que han ocupado al Tribunal Constitucional (integración social y primera acogida, autorizaciones iniciales de trabajo, mandato de colaboración Estado-Generalitat), hay que empezar por la lectura del precepto:

«Art. 138. 1. Corresponde a la Generalitat en materia de inmigración:

a) La competencia exclusiva en materia de primera acogida de las personas inmigradas, que incluirá las actuaciones socio-sanitarias y de orientación.

b) El desarrollo de la política de integración de las personas inmigradas en el marco de sus competencias.

c) El establecimiento y la regulación de las medidas necesarias para la integración social y económica de las personas inmigradas y para su participación social.

6. Efectivamente, aparte del art. 138 EAC el Estatuto contiene otras disposiciones en materia de derechos y deberes estatutarios, competencias mínimas ligadas a la autonomía de los entes locales, y, sobre todo, competencias sectoriales esenciales para la ampliación del espectro de intervención autonómica y local en esta materia (educación, menores, orden público y policía, formación postobligatoria, homologación y reconocimiento de títulos, establecimientos comerciales, participación, derechos y deberes estatutarios, vivienda, servicios sociales, etc.). Aunque el presente volumen aborda alguna de ellas, no ofrece un tratamiento sistemático de las mismas. Una aproximación al mismo aunque ya un poco desfasada temporalmente se puede encontrar en Moya, David: «La descentralització de les competències d'immigració als Ens Locals de Catalunya», en Galán, Alfredo (coord.): *La descentralització de competències als Ens Locals*, Ed. Fundació Pi i Sunyer, Barcelona 2007.

d) El establecimiento por ley de un marco de referencia para la acogida e integración de las personas inmigradas.

e) La promoción y la integración de las personas regresadas y la ayuda a las mismas, impulsando las políticas y las medidas pertinentes que faciliten su regreso a Cataluña.

2. Corresponde a la Generalitat la competencia ejecutiva en materia de autorización de trabajo de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Cataluña. Esta competencia, que se ejercerá en necesaria coordinación con la que corresponde al Estado en materia de entrada y residencia de extranjeros, incluye:

a) La tramitación y resolución de las autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia o ajena.

b) La tramitación y la resolución de los recursos presentados con relación a los expedientes a que se refiere la letra *a* y la aplicación del régimen de inspección y sanción.

3. Corresponde a la Generalitat la participación en las decisiones del Estado sobre inmigración con especial trascendencia para Cataluña y, en particular, la participación preceptiva previa en la determinación del contingente de trabajadores extranjeros a través de los mecanismos previstos en el Título V.»

La Sentencia del Tribunal Constitucional dedica el FJ 83 a razonar específicamente la constitucionalidad de este precepto estatutario desde un punto de vista competencial,⁷ partiendo de una afirmación categórica inicial: «[...] Es evidente que la inmigración es una materia que ha sido reservada con carácter exclusivo al Estado *ex art.* 149.1.2 CE, de modo que el art. 138.1 EAC sería claramente inconstitucional si, como parece deducirse de su enunciado, pretendiese atribuir a la Comunidad Autónoma competencias en dicha materia», afirmación matizada inmediatamente después al afirmar que, sin embargo, este no es el caso del art. 138.1 EAC, ya que el Estatuto admite una interpretación conforme a la Constitución al fundamentarse estas potestades autonómicas en otros títulos competenciales, concretamente sobre «asistencia social», que de acuerdo con el art. 148.1.20 CE pueden, y efectivamente han asumido las Comunidades Autónomas, de tal manera que a fin de cuentas no se ha operado ninguna «atribución a la Generalitat de competencia alguna en materia de inmigración», en

7. Los motivos de impugnación se encuentran recogidos en el antecedente nº 75 de la Sentencia.

una línea argumental que ya se encontraba en la opinión emitida por el Consejo Consultivo de la Generalitat de Catalunya sobre el proyecto de Estatuto del Parlamento de Cataluña.⁸ No obstante, el Tribunal se encarga de subrayar que la competencia exclusiva estatal sobre inmigración es el límite infranqueable para estas intervenciones autonómicas y que, por lo tanto, si bien en abstracto las atribuciones en materia de primera acogida e integración no erosionan el título competencial «inmigración» del Estado, la forma en que se realice su despliegue podría desbordar el título competencial «asistencia social» que les da cobertura e incidir potencialmente en el título de inmigración, situación que requeriría un análisis específico del caso para ver si se ha invadido el título estatal y en este caso declarar eventualmente la intervención autonómica como inadmisibles constitucionalmente.

Una operación parecida permite al Tribunal reconocer la constitucionalidad del art. 138.2 EAC en relación con las potestades ejecutivas de la Generalitat en la emisión de la autorización de trabajo inicial a los extranjeros que trabajen en su territorio. Salvada la exclusividad de la competencia estatal sobre inmigración, pero teniendo en cuenta que la Generalitat es titular de competencias laborales de carácter ejecutivo, el Tribunal admite que la redacción estatutaria combina adecuadamente ambas competencias salvaguardando la necesaria coordinación entre ambas Administraciones: «Es a esta concreta materia a la que [...] se contraen entonces las facultades atribuidas por el precepto a la Comunidad Autónoma, circunscritas así a los extranjeros cuya relación laboral se desarrolla en Cataluña, salvando el propio precepto, como competencia distinta cuyo ejercicio constituye el presupuesto de la que la Generalitat puede asumir respecto de determinados trabajadores, la que corresponde al Estado en virtud del art. 149.1.2 CE».

Por último, y con respecto al apartado 3 del art. 138 EAC, que preveía la participación de la Generalitat en las decisiones del Estado sobre inmigración, la Sentencia afirma claramente que «en principio, el Estatuto de Autonomía, en tanto que norma institucional básica de la Comunidad Autónoma, no es una sede normativa impertinente, con una perspectiva constitucional, para prever, con la generalidad que se hace en el precepto recurrido, mecanismos o fórmulas cooperativas como las que en él se enuncian en asuntos tales como los relativos a la inmigración, cuando éstos tengan, como expresamente se prevé, “una especial trascendencia para Cataluña”». Hecha esta afirmación, el Tribunal re-

8. Dictamen sobre la propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (DOGC nº 269, de 5 de septiembre de 2005).

mite al análisis detallado en el ulterior FJ 111 para determinar la constitucionalidad de las previsiones que sobre colaboración Generalitat-Estado contiene el título V EAC, aclarando en todo caso que «es a la legislación estatal a la que corresponde libremente determinar los concretos términos, formas y condiciones de la participación de la Comunidad Autónoma a la que se refiere el precepto, debiendo en todo caso quedar a salvo la titularidad de las competencias estatales eventualmente implicadas y la perfecta libertad que en su ejercicio corresponde a los organismos e instituciones del Estado», sin más especificaciones, y sin entrar a debatir si la exigencia contenida en el Estatuto sobre el carácter preceptivo y previo de la participación en la determinación del contingente anual de extranjeros limita o no la libertad del Estado en la determinación del alcance y el detalle de esta participación. Seguramente, porque más allá de estos dos calificativos el Estatuto deja un amplísimo margen de configuración al legislador estatal para concretar el alcance de esa participación autonómica. Y seguramente también porque un mecanismo de colaboración que operara con posterioridad a la toma de decisiones no sería otra cosa que un mecanismo meramente informativo, o que no exigiera una participación preceptiva sería un mecanismo de participación de dudosa efectividad. En todo caso, las formulas de participación autonómica en contingentes –cuando estos se han convocado– han sido hasta 2006 y también con posterioridad (véase el art. 39.1 de la LO 4/2000, reformada por la LO 2/2009) siempre mecanismos de consulta previa pero no vinculante.

En este sentido, y para cerrar este análisis de urgencia sobre la Sentencia, habría que apuntar que, con abstracción de si la argumentación de la Sentencia ofrece sustento a las interpretaciones aperturistas del título competencial «inmigración» al admitir su laminación más allá del núcleo duro de competencias estatales, o de si en realidad apoya la interpretación más tradicional sobre la exclusividad estatal sobre esta materia, lo cierto es que el resultado a fin de cuentas es el mismo. A pesar de parecer decantarse por esta segunda tesis, en la práctica admite la intervención autonómica de manera limitada y condicionada a la existencia de competencias autonómicas conexas y sectoriales, ante las cuales y bajo determinadas circunstancias el título estatal puede ceder la «preferencia». Desde una perspectiva más pragmática, tanto por fallo como por su fundamentación jurídica la Sentencia no tiene ninguna incidencia sobre las reformas adoptadas durante los últimos dos años para dar cumplimiento a los preceptos estatutarios, ni afecta a los traspasos de competencias sobre autorizaciones de trabajo, ni a las reformas del reglamento y de la ley de extranjería realizadas en junio y en diciembre de 2009, así como tampoco parece que vaya a incidir sobre

el futuro despliegue reglamentario de la ley ni –en lo esencial– en el despliegue legal que el Parlamento de Cataluña ha hecho del mismo con la aprobación de la Ley 10/2010, de 7 de mayo, de Acogida de las Personas Inmigradas y de las Retornadas a Cataluña, a pesar del recurso anunciado por la Defensora del Pueblo en funciones contra la impartición de la formación de acogida en catalán en primer lugar.⁹ No obstante, de cara al futuro la Sentencia parece advertir de los estrictos límites interpretativos que la Constitución impone a la intervención autonómica en este ámbito. Y, de alguna manera, los votos particulares muestran una adscripción a las tesis tradicionales de consideración de la «inmigración» como título estatal exclusivo y excluyente de cualquier intervención autonómica, ni siquiera conexa a partir de competencias sectoriales, y en general sobre una interpretación relativamente literal y formalista del art. 149.1.2 CE (votos particulares de D. Vicente Conde Martín de Hijas, FJ 19.C.b, de D. Javier Delgado Barrio, FJ 3.D.f, o de D. Ramón Rodríguez Arribas, FJ 9).

9. DOGC nº 5629, de 14 de mayo de 2010, pág. 37220. Recurso de inconstitucionalidad anunciado a mediados del mes de agosto de 2010, EL PAÍS 18 de agosto de 2010.

LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CON RESPECTO A LAS COMPETENCIAS SOBRE INMIGRACIÓN EN EL ESTATUTO DE CATALUÑA DE 2006

Vicenç Aguado i Cudolà*

1. Introducción: el carácter emblemático de las competencias sobre inmigración

Las competencias sobre inmigración son, probablemente, unas de las más emblemáticas que se incorporaron al Estatuto de Cataluña de 2006 (art. 138). Por este motivo, se convierten en un test que permite marcar con mucha fiabilidad el grado de evolución o de involución del Estado autonómico. Estas afirmaciones se fundamentan, por una parte, en el hecho de que la gestión de la inmigración es, sin duda, una de las cuestiones más importantes que tienen que afrontar los poderes públicos para garantizar los derechos y las libertades de las personas, así como una adecuada convivencia y cohesión en las sociedades actuales, y, de la otra, no afecta de forma exclusiva a una única Administración pública. En efecto, las decisiones sobre inmigración condicionan, sin duda, las políticas públicas de los diversos niveles de Administraciones públicas al conformar la situación jurídica de una parte de la población que es destinataria. Para una adecuada gestión de este fenómeno hace falta que las decisiones sean adoptadas de forma conjunta o participada e, incluso, que las instancias de poder más próximas a los ciudadanos adopten un papel relevante, fijando sus propias políticas. De otra manera, no sólo se estará condicionando gravemente las competencias autonómicas, sino que se estará limitando y despreciando una adecuada gestión del fenómeno migratorio, cerrando los ojos ante la realidad existente.

Cabe tener muy presente que en el momento de elaborar la Constitución Española de 1978 las competencias en materia de extranjería e inmigración se consideraban como el núcleo duro que debía reservarse al Estado, ya que se consideraban unas materias propias de los estados porque afectaban al control de fronteras y las relaciones internacionales. Por esta razón, el art. 149.1.2 de la

* Vicenç Aguado i Cudolà, profesor titular de derecho administrativo, acreditado catedrático de la Universidad de Barcelona.

Constitución atribuyó de forma exclusiva la competencia sobre extranjería e inmigración al Estado. Desde esta visión tradicional, incluso se había considerado que las decisiones de aplicación de la legislación sobre extranjería se convertían en una decisión propia de la soberanía de los estados y que, por lo tanto, no era necesario ni tan solo motivarlas.¹ Cabe también poner de manifiesto que en el momento de la elaboración de la Constitución en el Estado español los movimientos migratorios eran esencialmente de ciudadanos españoles que se desplazaban a otros estados para buscar trabajo o ejercer otras opciones vitales. Por lo tanto, el art. 149.1.2 de la CE ha girado, tal como afirma el Grupo de Expertos por encargo del presidente de la Generalitat, en torno a dos aspectos esenciales: el control de fronteras y el servicio exterior para asegurar a los migrados el apoyo y la relación permanentes.

Es a partir de los años ochenta, con la incorporación del Estado español a la Unión Europea, que empieza a crecer de forma exponencial la inmigración. Desde entonces el Estado ha aprobado diversas leyes en materia de extranjería que han condicionado, sin ningún tipo de duda, la actuación de las Administraciones autonómicas y locales, que son, en definitiva, las que tienen que hacer frente con sus limitados recursos a la mayoría de los problemas que se plantean en torno a la recepción de los flujos migratorios.² La evolución que ha tenido este fenómeno aconsejaba modernizar la concepción tradicional, dando un mayor protagonismo a las Comunidades Autónomas.³ En este sentido, la reforma estatutaria del 2006 representaba una vía a través de la cual se podía actualizar y modernizar el pacto constitucional de 1978, transcurridos treinta años de expe-

1. La Ley Orgánica 7/1985 llegó a afirmar explícitamente que la denegación del visado no será necesario que sea motivada. Una crítica a esta concepción puede encontrarse en V. Aguado i Cudolà: «Libertades de circulación y residencia: el visado como control de entrada de extranjeros», en L. Pomed Sánchez y F. Velasco Caballero (eds.): *Ciudadanía e inmigración, monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública VI*, Zaragoza, 2003, p. 290-293.

2. Sobre el impacto de la legislación de extranjería en otras Administraciones públicas, véase V. Aguado i Cudolà: «La aplicación del marco jurídico de la inmigración en las administraciones locales: un primer balance (I)», en *Cuadernos de Derecho Local* 0, 2002, p. 7-43, y «La aplicación del marco jurídico de la inmigración en las administraciones locales: un primer balance (II)», en *Cuadernos de Derecho Local* 1, 2003, p. 58 y s.; S. Díez Sastre (dir.): *Inmigración y gobiernos locales*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010.

3. En esta línea, véase E. Aja Fernández: «Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de inmigración», en *Informe Comunidades Autónomas 1999*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2000; V. Aguado i Cudolà et al.: *Inmigración, sociedad y Estado: una cuestión abierta*, Junta de Andalucía, Sevilla, 2004, y «La ripartizione delle competenze in Spagna in materia di immigrazione: Stato, Regione e Governo Locale», en *Le Istituzioni del Federalismo* 5, 2004, p. 7-41; J. A. Montilla: «Inmigración y Comunidades Autónomas», en E. Aja y J. Arango: *Veinte años de inmigración en España. Perspectivas jurídica y sociológica*, Fundación CIDOB, Barcelona, 2006.

riencia, adaptando el Estado autonómico a las nuevas necesidades de la sociedad del siglo XXI dentro, eso sí, de los parámetros establecidos por la Constitución. Desgraciadamente, como veremos a continuación, la interpretación que ha hecho el Tribunal Constitucional de las competencias sobre inmigración representa una muestra visible del freno que se ha puesto a este proceso de actualización y modernización y que sitúa el Estado autonómico en una difícil encrucijada.

La pretensión del precepto estatutario que lleva por título «inmigración» era, según el Grupo de Expertos por encargo del presidente de la Generalitat, recoger «todos aquellos aspectos del fenómeno migratorio que nunca han estado a cargo de la Administración General del Estado o bien que se refieren a competencias que han sido asignadas pacíficamente a otras Administraciones». Cabe decir que las leyes de extranjería aprobadas por el Estado se han centrado en aspectos como el régimen de situaciones administrativas, que incluye los visados, las autorizaciones y las sanciones administrativas, así como en los derechos de los extranjeros y en aspectos de carácter organizativo. El Estado ha considerado que, en la regulación de aquellos aspectos de la inmigración relacionados con la educación, la sanidad y los servicios sociales, existían competencias autonómicas compartidas e incluso exclusivas de las Comunidades Autónomas. Habría que añadir a esto que la integración social no exige únicamente la realización de estas políticas sino también la fijación de los requisitos necesarios en el proceso de equiparación de los derechos entre ciudadanos españoles y ciudadanos extranjeros, especialmente en el proceso de normalización que posibilite el acceso a los diferentes servicios en los casos legalmente establecidos. La regulación de estos derechos, al requerir ley orgánica, correspondería en primer lugar al Estado, si bien su despliegue tendría que ser perfectamente asumible por las Comunidades Autónomas. En cualquier caso, un límite claro a las competencias estatales debería ser la suficiencia financiera para garantizar el cumplimiento de los derechos y las obligaciones que se fijan y que tienen que hacer efectivas otras instancias de poder diferentes de aquellas que las han acordado.

Entre las competencias que asume la Generalitat bajo la rúbrica de «inmigración», a través del Estatuto de Cataluña de 2006, se incluye la primera acogida a las personas inmigradas, el desarrollo de las políticas de integración, el establecimiento y la regulación de las medidas necesarias para la integración social y económica de las personas inmigradas y para su participación social, el establecimiento por ley de un marco de referencia para la acogida y la integración de las personas inmigradas, la promoción y la integración de las personas retornadas y la ayuda a estas, y el impulso de las políticas y las medidas perti-

nentes que faciliten el retorno a Cataluña. Además, también incorporaba la competencia ejecutiva en materia de autorización de trabajo a los extranjeros cuya relación laboral se cumpla en Cataluña. Este último punto podría ser el punto más discutido ya que suponía una competencia que tradicionalmente se había asignado al Estado en las distintas leyes de extranjería. Cabe decir, sin embargo, como veremos a continuación, que este aspecto no afecta tanto al régimen de entrada y permanencia de los extranjeros como a su acceso al mercado de trabajo. Finalmente, se establece que corresponde a la Generalitat la participación en las decisiones del Estado sobre inmigración que tengan una trascendencia especial para Cataluña.

Las competencias asumidas por la Generalitat a través del art. 138 del Estatuto de Cataluña de 2006 con respecto a inmigración se realizan de una forma cuidadosa y prudente, señalando por ejemplo que «el desarrollo de la política de integración de las personas inmigradas» se llevará a cabo «en el marco de sus competencias», o bien respecto a la autorización de trabajo se dice que «esta competencia, [...] se ejerce necesariamente en coordinación con la que corresponde al Estado en materia de entrada y residencia de extranjeros».

2. El alcance de la decisión del Tribunal Constitucional

La importancia de la decisión del Tribunal respecto a las competencias sobre inmigración resulta de primer orden porque es la primera vez que lo hace sobre este tema y, además, lo hace a través de un examen directo de la norma estatutaria. Hasta ahora las decisiones del Tribunal Constitucional se habían realizado fundamentalmente desde la perspectiva de los derechos de los extranjeros, hasta al punto de declararse la inconstitucionalidad de diversos preceptos de la legislación de extranjería. Ello comporta que esta decisión con toda probabilidad marcará la visión del Tribunal sobre estas competencias en los próximos años.

Los recurrentes impugnaron la totalidad del art. 138 del Estatuto de Cataluña de 2006 al considerar que vulneraba frontalmente la competencia sobre extranjería e inmigración que el art. 149.1.2 de la Constitución reserva al Estado. La argumentación del Tribunal Constitucional se centra en señalar que, más allá de la expresión «inmigración» que utiliza la norma estatutaria, en realidad nos encontramos con competencias exclusivas sobre «asistencia social» y ejecutivas sobre «legislación laboral» que la Constitución permite asumir a las Comunidades Autónomas.

A primera vista, parece que la decisión del Tribunal Constitucional en este

aspecto concreto no supone un paso atrás. Así, el art. 138 del Estatuto no queda afectado por la declaración de inconstitucionalidad que hace el Tribunal de diversos artículos, si bien se lleva a cabo una interpretación del precepto que se traslada al fallo de la Sentencia. En este sentido, en el Informe realizado por el Grupo de Expertos por encargo del presidente de la Generalitat se señala que «estamos ante una interpretación del artículo que, aunque la Sentencia lo traslada al fallo de la misma, coincide plenamente con la interpretación o comprensión del contenido de la materia defendido por las instituciones catalanas».

No obstante, de una lectura más atenta y detenida de los fundamentos jurídicos de la Sentencia se puede llegar a afirmar que el Tribunal fija una interpretación anclada en la visión más tradicional que permite que el Estado utilice la materia «inmigración» como un título de carácter expansivo que puede llegar a condicionar seriamente las competencias autonómicas. Así, por ejemplo, la acogida «debe considerarse circunscrita, como revela su tenor literal, a las primeras actuaciones socio-sanitarias y de orientación de modo que la exclusividad con que se define la competencia autonómica, en cuanto manifestación de la competencia asumida en materia de asistencia social, resulta limitada por la competencia exclusiva reservada al Estado *ex art. 149.1.2 CE*».

El Tribunal desperdicia la ocasión de definir con precisión el contenido de la materia «inmigración» que el art. 149.1.2 de la Constitución reserva al Estado. Este Tribunal se limita a decir que «al Estado ha de corresponder, con carácter exclusivo, la competencia en cuya virtud se disciplina el régimen jurídico que hace del extranjero un inmigrante y atiende a las circunstancias más inmediatamente vinculadas a esa condición». En realidad, a pesar de la afirmación del Tribunal Constitucional, el ordenamiento jurídico no convierte a una persona en inmigrante o no, sino que lo que hace es regular su situación administrativa, haya entrado por las vías legalmente establecidas o bien de forma irregular. Una adecuada precisión de la materia tendría que considerar que las competencias estatales se deberían circunscribir, por una parte, a las situaciones administrativas de los extranjeros que llegan como inmigrantes, en especial a los requisitos de entrada y permanencia de los inmigrantes en territorio español, así como a las medidas de control estrechamente vinculadas a estos, y, de la otra, a las condiciones mínimas de ejercicio de derechos y deberes, mientras que el despliegue de estas competencias deberían quedar en manos de las Comunidades Autónomas.

3. Valoración y conclusión general: las competencias sobre inmigración como un ejemplo claro de estancamiento del Estado autonómico

La Sentencia sobre el Estatuto de Cataluña de 2006 es el primer texto en que el Tribunal Constitucional hace una interpretación sobre la materia de inmigración en las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas. El Tribunal salva la constitucionalidad del art. 138 del Estatuto, si bien lo hace a costa de insistir, subrayar y remarcar la existencia de un título competencial exclusivo del Estado, que no se molesta ni siquiera en precisar y del que declara el carácter de «competencia preferente entre las que concurren a la regulación del régimen jurídico de los extranjeros» respecto a las competencias sectoriales de las Comunidades Autónomas. Esta ambigüedad e imprecisión deja la puerta abierta a una aplicación indiscriminada del art. 149.1.2 de la Constitución por parte del Estado, que le permitirá incidir y, por lo tanto, desdibujar competencias autonómicas, aunque se insista en afirmar lo contrario.

Hay que enmarcar la visión del Tribunal Constitucional en la visión más tradicionalista del Estado nación en que las competencias sobre inmigración representan una cuestión que afecta a la soberanía y en que no cabe una concepción plurinacional del Estado. Se conciben las competencias autonómicas desde una perspectiva fundamentalmente de ejecución o de aplicación de las competencias estatales y en que las únicas políticas públicas de integración social de los inmigrantes se reconducen a las competencias ya existentes en materia de servicios sociales, educación o sanidad. Competencias que el Estado también puede condicionar a través de una interpretación extensiva de las competencias básicas y con títulos de carácter transversal, como lo demuestra el ejemplo reciente de la llamada ley de la dependencia.⁴

El mito del Estado nación como elemento privativo y exclusivo de la soberanía que impregna toda la Sentencia, más allá de los elementos identitarios, se traduce en una visión sobre el alcance y la delimitación de las competencias estatales y autonómicas. Una visión que difícilmente ayudará a profundizar, ac-

4. Una crítica a esta limitación de las competencias autonómicas se puede ver en I. Lasagabaster Herrarte: «La ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia: una reflexión desde la perspectiva competencial», en *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals* 4/2007, p. 129-158, disponible en la dirección electrónica http://www10.gencat.cat/drep/binaris/rea4_Lasagabaster_tcm112-59982.pdf; y también: «Las competencias autonómicas en materia de servicios sociales», en V. Aguado i Cudolà (ed.): *El sistema de serveis socials a Catalunya*, Instituto de Estudios Autonómicos, Barcelona, 2009.

tualizar y modernizar el Estado autonómico y que lo sitúa en una difícil encrucijada. En el caso de las competencias sobre inmigración, se deja a las Comunidades Autónomas en la práctica sin la posibilidad de profundizar en herramientas que permitan encarar de forma adecuada la inmigración, constriñendo las competencias autonómicas a las ya existentes, que son fundamentalmente las de educación, sanidad y servicios sociales.

El Estado autonómico y el proceso de la Transición española han sido puestos por algunos como un ejemplo digno de imitar en otros procesos y se ha llegado a decir que España es uno de los estados más descentralizados de toda Europa e incluso del mundo. Hay que decir, sin embargo, que la decisión del Tribunal Constitucional con respecto a las competencias sobre inmigración representa en realidad un ejemplo claro del estancamiento en que se ha situado el Estado autonómico y de freno a las legítimas aspiraciones de autogobierno de Cataluña que conformaron el pacto constitucional de 1978. En realidad, este tipo de interpretaciones implica el bloqueo de una real y efectiva descentralización política del Estado, que se encierra en un modelo basado esencialmente en una descentralización administrativa en que la configuración de políticas propias para los distintos niveles de poder territorial queda seriamente condicionada por las competencias estatales.

¿COMPETENCIAS DESACTIVADAS? CONSIDERACIONES SOBRE LA DENOMINADA *SENTENCIA OCULTA*

Xavier Bernadí Gil*

1. Carácter interpretativo y efectos de la STC 31/2010 sobre los títulos competenciales asumidos por el Estatuto

El título IV del Estatuto, relativo a las *competencias de la Generalitat*, dedica su primer capítulo a la *tipología de las competencias* (art. 110-115) y su segundo y último capítulo a *las materias de las competencias*. Este último capítulo consta de un total de 58 artículos (art. 116-173), referidos a un mismo número de grandes sectores materiales.

En apariencia, este largo capítulo habría sufrido pocas afectaciones, ya que, de acuerdo con el fallo del Tribunal, únicamente son *inconstitucionales y nulos* dos incisos, casi idénticos, de dos preceptos (art. 120.2, sobre cajas de ahorros, y art. 126.2, en materia de crédito, banca, seguros y mutualidades) y sólo cuatro preceptos (consultas populares, cultura, derecho civil e inmigración) exigen una *interpretación conforme*.¹

Sin embargo, si del fallo de la Sentencia pasamos a su fundamentación jurídica (FFJJ 64-109), podremos constatar que se produce un fenómeno bien peculiar: el Tribunal desestima la impugnación de los artículos restantes –la gran mayoría– y, no obstante, buena parte de las competencias específicas examinadas por el Tribunal quedan, de una u otra forma, *desactivadas* a raíz de la interpretación que hace el mismo Tribunal, la cual, por otra parte, no se lleva al fallo. Habría, por lo tanto, una «Sentencia oculta –Rodríguez-Zapata *dixit*– que manipula los preceptos del EAC, los modifica y desconoce su sistemática interna hasta convertirlo en un embrollo de normas vacías, paralizadas, futuras o a las que se hace decir lo que no dicen, ni han querido decir».²

* Xavier Bernadí Gil, profesor de derecho administrativo de la Universidad Pompeu Fabra.

1. La declaración de inconstitucionalidad que afecta a los artículos 120.2 y 126.2 no se fundamenta en el tratamiento sustantivo que se hace de estas materias, sino en el hecho de identificar las bases estatales con «principios, reglas y estándares mínimos», en coherencia con el art. 111 EAC (competencias compartidas). Por lo tanto, el Tribunal se limita a reiterar aquí la doctrina establecida sobre el artículo 111 (FJ 60) a los incisos correspondientes del art. 120.2 (FJ 67) y del art. 126.2 (FJ 72). Las interpretaciones conformes se encuentran en los FFJJ 69 (consultas populares), 73 (cultura), 76 (derecho civil) y 138 (inmigración).

2. Voto particular del magistrado J. Rodríguez-Zapata, apartado III, puntos 6 y 7.

Este comportamiento –que también afecta a otros apartados del EAC– tiene dos consecuencias de primer orden: *a*) en primer lugar, en todos aquellos casos –que no son pocos– en que se pueda constatar que se ha producido esta desactivación competencial, nos encontraremos ante unos títulos competenciales en principio validados por el Tribunal Constitucional pero que, no obstante, *ya no dicen* lo que todavía *parece que digan*, es decir, ya no atribuyen a la Generalitat los poderes que todavía parece que le atribuyan, o bien lo hacen con una intensidad muy menor; *b*) en segundo lugar, y como es lógico, crecerá de una forma notoria la inseguridad jurídica, la incertidumbre y la indeterminación del sistema competencial.³

Las dificultades empiezan a la hora de evaluar de forma global la situación en que han quedado las competencias sectoriales de la Generalitat, ya que nos encontramos con un número de supuestos bastante variado, que van desde las muy acotadas declaraciones de inconstitucionalidad, pasando por numerosos preceptos que son objeto de interpretación, hasta llegar a los pocos artículos que no han sido impugnados.⁴ De estos supuestos, nos centraremos en los que se encuentran en el punto intermedio, es decir, en la lectura que impone el Tribunal Constitucional respecto de la mayor parte de los títulos competenciales recogidos en el título IV EAC. El carácter interpretativo de la Sentencia (que deriva tanto de la *interpretación conforme a la Constitución* –establecida de acuerdo con el apartado tercero del fallo del Tribunal–, como de la *interpretación conforme a la jurisprudencia constitucional* –inherente al apartado cuarto del mencionado fallo–) también constituye uno de los ejes centrales de la crítica expresada por cuatro de los cinco magistrados disidentes en los votos particulares respectivos.⁵ Todos ellos consideran que la Sentencia mayoritaria rebasa de lejos los límites establecidos por el propio Tribunal a las denominadas sentencias *interpretativas*⁶ hasta al punto de suplantar o usurpar las funciones del legislador,

3. Situación que se iría amplificando si hace falta esperar, como dice el TC, a la resolución de los litigios que se puedan plantear en el futuro sobre las normas que desarrollen el EAC para conocer «la más precisa y acabada delimitación de los contornos competenciales que pudiesen estar en litigio» (FJ 64, *in fine*).

4. Art. 116 (agricultura), art. 119 (caza, pesca...), art. 124 (cooperativas), art. 130 (derecho procesal), art. 137 (vivienda), art. 143 (lengua propia), art. 145 (mercados de valores), art. 153 (políticas de género), art. 156 (protección de datos), art. 159 (régimen jurídico, procedimiento...), art. 164 (seguridad pública), art. 165 (seguridad social), art. 167 (símbolos de Cataluña) y art. 168 (sistema penitenciario).

5. Los formulados por V. Conde (en particular, apartados 2, 3, 18 y 19), J. Delgado Barrio (apartados 1-3), J. Rodríguez-Zapata (apartado III, puntos 6-10) y R. Rodríguez Arribas (apartados 2, 3 y 9).

6. Límites recogidos en un cuerpo doctrinal integrado por las resoluciones que los propios magistrados aportan a su argumentación, entre las que figuran las siguientes: STC 11/1981, FJ 4; STC 22/1985, FJ 5; STC 45/1989, FJ 11; STC 222/1992, FJ 2; STC 96/1996, FJ 22; STC 235/1999, FJ 13; STC 194/2000, FJ 4; STC 184/2003, FJ 7; STC 24/2004, FJ 6; STC 183/2005, FJ 5; STC 235/2007, FJ 7; STC 238/2007, FJ 2.

de devaluar el carácter vinculante del Estatuto y de generar inseguridad entre los operadores jurídicos y los ciudadanos.⁷

Compartimos en muy buena parte esta argumentación y compartimos también la afirmación que hacen estos magistrados, en el sentido de que si el Tribunal consideraba necesario imponer interpretaciones concretas de los títulos competenciales recogidos en el Estatuto esta solución debería haber sido reflejada de una manera más clara en el fallo de la STC 31/2010. En cambio, no coincidimos con la última conclusión que todos ellos propugnaban y que no era otra que la necesaria y expresa declaración de inconstitucionalidad de muchos de los preceptos que el Tribunal se limitó a *interpretar*.

En cualquier caso, conviene repasar y hacer un análisis global de estas interpretaciones y plantearnos seguidamente la cuestión, nada intrascendente, del valor jurídico o la fuerza vinculante de los pronunciamientos reduccionistas, sobre todo cuando estos pronunciamientos se encuentran contenidos, únicamente, en la fundamentación jurídica de la Sentencia.

2. Líneas de interpretación utilizadas para desactivar las competencias atribuidas a la Generalitat

a) *Carácter exclusivo, compartido o ejecutivo de la competencia, fomento y proyección territorial (aplicación de los FFJJ 56-63)*

La primera restricción que sufren los títulos competenciales recogidos en el capítulo II del título IV EAC proviene, lógicamente, de la interpretación que impone el Tribunal en relación con las reglas generales contenidas en el capítulo I de este mismo título IV: las consecuencias derivadas de la calificación por parte del Estatuto de las competencias sectoriales como exclusivas, compartidas o ejecutivas; la disciplina que haya que aplicar a la actividad de fomento vinculada con estas competencias, y el alcance o la proyección territorial que

7. La contundencia y la gravedad de las afirmaciones que se recogen en estos votos particulares recomiendan la lectura directa de los textos respectivos, pero destacamos aquí la opinión de Delgado Barrio, para quien «este Tribunal [...] usurpa funciones que corresponden al legislador [...] pues crea un Estatuto nuevo», así como la constatación que hace Rodríguez-Zapata al subrayar que «la seguridad jurídica cede el paso a la interpretación manipulativa». El valor de las sentencias de los Tribunales Constitucionales y la problemática concreta de las sentencias interpretativas es una cuestión que la doctrina se plantea de forma recurrente. *Vid.*, entre otros, Pizzorusso (1981), Bocanegra (1982), Rubio Llorente (1988), Díaz Revorio (2001) y López Bofill (2005).

puedan tener no se podrán apartar de las conclusiones establecidas por el Tribunal en los fundamentos jurídicos 56 a 63 de la STC 31/2010. En el enjuiciamiento de este primer capítulo ya encontramos algunos pronunciamientos característicos de las llamadas sentencias interpretativas *de rechazo*, o sea, de las que expulsan o rechazan las interpretaciones de los preceptos impugnados que difieran de la interpretación establecida por el Tribunal. Ello sucede, por ejemplo, en el caso del artículo 112, relativo a las competencias ejecutivas, en relación con el limitado alcance que el Tribunal reconoce a la potestad reglamentaria inherente a esta categoría competencial (FJ 61). Pero esta interpretación –del todo discutible– al menos se lleva al fallo. En cambio, el examen del artículo 114, donde se regula la actividad de fomento, lleva igualmente a una interpretación restrictiva, de la que sólo queda constancia en el fundamento jurídico correspondiente (FJ 62).

b) La doctrina constitucional previa como límite general a la asunción de competencias (FJ 64)

El Tribunal completa los pronunciamientos anteriores con una teoría general de los límites aplicables a la asunción de competencias por parte de los Estatutos, que encabeza su análisis de las materias de las competencias: la Constitución no impide que un Estatuto de Autonomía utilice una técnica descriptiva de las materias y submaterias sobre las que la Comunidad Autónoma asume competencias, en el marco de la Constitución y respetando el límite de las competencias reservadas por esta al Estado. Ahora bien, «al enjuiciar ahora los artículos impugnados atributivos de competencias concretas hemos de comprobar si, en efecto, se respetan las competencias exclusivas reservadas al Estado, bien sobre la totalidad de una materia, bien sobre las submaterias eventualmente integrantes de un determinado sector material, *en el entendido ya establecido de que la realidad, el contenido y el alcance de una y otras, sobre las que las competencias han de ejercerse, como los de estas mismas, serán siempre los que se desprenden de la Constitución interpretada por este Tribunal*, en necesaria e inevitable correspondencia, por tanto, con la interpretación que hemos efectuado de los art. 110, 111 y 112 EAC» (FJ 64). Si esto es realmente así, los esfuerzos que las reformas estatutarias dediquen a concretar el reparto competencial serán completamente inútiles, ya que ningún avance es posible, a no ser que encaje con la doctrina constitucional preexistente.

c) En todo caso *no significa «en todo caso»* (FFJJ 59 y 64)

Una de las técnicas utilizadas por el legislador estatutario para proteger el contenido de las competencias asumidas fue, como sabemos, la de relacionar aquellos ámbitos materiales y funcionales que se consideraban incluidos en las mismas en todo caso. Pero el uso de esta expresión no constituye un obstáculo –según el Tribunal– para la proyección de las competencias estatales sobre las materias o submaterias correspondientes, ya que no tiene «otra virtualidad que la meramente descriptiva» (FJ 59). La expresión mencionada –insiste el Tribunal– «ha de entenderse en sentido meramente descriptivo o indicativo de que dichas submaterias forman parte del contenido de la realidad material de que se trate, pero sin que las competencias del Estado, tanto si son concurrentes como si son compartidas con las de la Comunidad Autónoma, resulten impedidas o limitadas en su ejercicio por esa atribución estatutaria “en todo caso” de competencias específicas a la Generalitat» (FJ 64). La interpretación contenida en el FJ 59 permite salvar la constitucionalidad del artículo 110 EAC, sobre las competencias exclusivas (precepto donde, por cierto, no aparece la expresión *en todo caso*) y así se dispone en el fallo. Pero el Tribunal ya no volverá a recordar su peculiar entendimiento de la expresión *en todo caso*, más allá del FJ 64: «Éste es el sentido en que habrá de ser entendida dicha expresión que figura en determinados preceptos impugnados (art. 117.1; 118.1 y 2; 120.1, 2 y 3; 121.1 y 2; 123; 125.1 y 4; 127.1 y 2; 131.3; 132.1; 133.1 y 4; 135.1; 139.1; 140.5 y 7; 147.1; 149.3; 151; 152.4; 155.1; 166.1, 2 y 3; 170.1, y 172.2), lo que nos evitará volver sobre este extremo al enjuiciar cada uno de ellos».

d) *Desactivación de las previsiones en materia de participación* (FFJJ 111 y 115, en general, y FFJJ 65, 75, 79, 81, 83, 85, 90, 91, 95, 99, 101, 102, 104, 105 y 107, en particular)

El título IV EAC no se dedica únicamente a la asunción de títulos competenciales. También recopila numerosos supuestos de participación de la Generalitat en órganos o en el ejercicio de funciones estatales, como vía para reforzar el protagonismo de la Generalitat en ámbitos que inciden en los intereses que tiene encomendados o que se encuentran estrechamente vinculados a las competencias que le corresponden. El Tribunal Constitucional responde a todos estos supuestos con una doctrina ambivalente: por una parte los considera constitucionalmente legítimos –desestimando la impugnación de que fueron objeto– y por otra los sujeta a una interpretación restrictiva que los vacía prácticamente de contenido.

Esta desactivación se consigue mediante la remisión, prácticamente sistemática, a la doctrina contenida en los FFJJ 111 y 115 de la STC 31/2010 sobre los artículos 174.3 EAC (participación en instituciones, organismos y procedimientos de toma de decisiones del Estado) y 183.1.a EAC (Comisión Bilateral Generalitat-Estado). La doctrina mencionada señala, en síntesis, que: *a*) la participación orgánica y funcional de la Generalitat deberá ser regulada por la legislación estatal y no se podrá sustanciar respecto de los órganos decisorios del Estado ni impedir o desprestigiar el libre y pleno ejercicio de las competencias estatales; *b*) la colaboración de la Generalitat en el ejercicio de las competencias estatales no puede ir más allá de las relaciones de colaboración entre instituciones dotadas de ámbitos competenciales propios e irrenunciables, sin que la actividad de la Comisión Bilateral mencionada pueda excluir la existencia de otros marcos de colaboración.

Los preceptos a los que se dota de este nuevo y único sentido son especialmente numerosos.⁸ En todos estos casos, allí donde el Estatuto consagra un lugar o un momento de participación de la Generalitat, remitiendo a las normas del Estado la concreción de dicha participación, el Tribunal responde que «es al legislador estatal al que corresponde determinar con entera libertad la participación expresada, su concreto alcance y su específico modo de articulación, debiendo en todo caso dejar a salvo la titularidad de las competencias estatales eventualmente implicadas y la perfecta libertad que en su ejercicio corresponde a los organismos e instituciones del Estado» (FJ 65, entre otros).

En cualquier caso, donde se hace más evidente el quebrantamiento de los límites establecidos a la técnica de la interpretación conforme establecidos por el propio Tribunal (el respeto al tenor literal de los preceptos enjuiciados, el deber de no ignorar o desfigurar el sentido de enunciados legales meridianos o la interdicción de las interpretaciones que reconstruyan el mandato normativo) es en la muy discutible limitación según la cual esta participación no puede sustanciarse en *órganos decisorios* del Estado. En efecto, algunos de los preceptos que el Tribunal considera constitucionalmente correctos, pero a los cuales aplica igualmente esta limitación, establecen la participación de la Generalitat en órganos dotados de facultades decisorias evidentes (así, el artículo 128.3 EAC afirma que

8. Art. 117, apartados 2, 3 y 5 (aguas y obras hidráulicas); art. 128.3 (denominaciones de origen supraterritoriales); art. 133.3 (energía); art. 135.2 (estadística); art. 138.3 (inmigración y contingente); art. 140, 2, 4 y 5 (infraestructuras de transporte, puertos y aeropuertos de interés general y red vial estatal); art. 147.1.b (notariado y registros); art. 148.2 (obras públicas de interés general); art. 152.4 (planificación económica); art. 158.3 (investigación); art. 161 (entidades religiosas); art. 162.4 (salud); art. 166.3.b (legislación penal y procesal sobre menores); 169.3 (ferrocarriles intercomunitarios); y art. 171.c (paradores de turismo).

la Generalitat participa en los órganos de la denominación y en el ejercicio de sus facultades de gestión y el artículo 171 EAC dispone que la Generalitat participa, en los términos que establezca la legislación estatal, en los órganos de administración de Paradores de Turismo de España). En estos casos no se podría hablar tanto de una interpretación conforme, más o menos oculta, sino de una auténtica declaración de inconstitucionalidad indirecta y encubierta.

e) Aborto (parcial) de una categoría competencial (relativamente) nueva

El EAC previó en bastantes supuestos la posibilidad de que la Generalitat asumiera competencias o facultades en ámbitos cubiertos por competencias estatales, así como el derecho de la Generalitat a participar en órganos o funciones del Estado, remitiendo, en todos estos casos, a los «términos que establezca la legislación estatal»⁹ o bien utilizando expresiones sinónimas («de acuerdo con la normativa del Estado») o próximas («si se establece mediante convenio»)¹⁰. Se trataba de una solución *hábil*—porque constataba la voluntad de asumir nuevas competencias o de intervenir en nuevos ámbitos, pero respetando la libertad de disposición de las instituciones del Estado— y *realista*—ya que la evolución del Estado autonómico conoce muchos supuestos de asignación o encargo de funciones del Estado a las Comunidades Autónomas por medio de leyes ordinarias, normas reglamentarias y convenios de colaboración, es decir, sin plantear estas operaciones como una transferencia o delegación competencial y sin formalizarlas, en consecuencia, a través de una ley orgánica de las previstas por el artículo 150.2 CE (caso, por ejemplo, de los poderes autonómicos sobre los puertos de interés general a partir de la Ley 27/1992).

9. Por ejemplo, art. 117.2 EAC: «La Generalitat, en los términos que establece la legislación estatal, asume competencias ejecutivas sobre el dominio público hidráulico y las obras de interés general. En los mismos términos le corresponde la participación en la planificación y la programación de las obras de interés general»; art. 117.5 (participación de la Generalitat en la ejecución de la planificación hidrológica de los recursos y aprovechamientos hidráulicos de carácter intercomunitario, en los términos que establece la legislación estatal).

10. Por ejemplo, art. 117.3.b: «Corresponde a la Generalitat, dentro de su ámbito territorial, la competencia ejecutiva sobre [...] la ejecución y la explotación de las obras de titularidad estatal, si se establece mediante convenio»; art. 132.4: «La Generalitat participa en la ejecución en materia de seguridad nuclear, en los términos que sean acordados en los convenios suscritos a este efecto y, en su caso, en las leyes»; art. 148.3: «En el supuesto de las obras calificadas de interés general o que afectan a otra comunidad autónoma, se pueden suscribir convenios de colaboración para la gestión de los servicios»; art. 152.4.c: «4. Corresponde a la Generalitat el desarrollo y la gestión de la planificación general de la actividad económica. Esta competencia incluye en todo caso [...] La gestión de los planes, incluyendo los fondos y los recursos de origen estatal destinados al fomento de la actividad económica, en los términos que se establezcan por medio de convenio».

La STC 31/2010 frustra la finalidad perseguida por el legislador estatutario a través de una interpretación, nuevamente de rechazo, que desvirtúa el texto de los preceptos afectados, sin que esta interpretación quede reflejada en el fallo. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional responde a la impugnación del artículo 117.2 EAC, según el cual «La Generalitat, en los términos que establece *la legislación estatal*, asume competencias ejecutivas sobre el dominio público hidráulico y las obras de interés general [...]», señalando que «Ciertamente el art. 149.1.24 CE reserva al Estado como competencia exclusiva las obras públicas de interés general [...] De modo que es al Estado, titular exclusivo de la competencia, al que, con plena libertad de configuración, le corresponde determinar, en su caso, *a través del procedimiento constitucionalmente previsto para la transferencia o delegación de competencias estatales a las Comunidades Autónomas* y en la medida en que los límites constitucionales allí establecidos lo permitan, la atribución de la competencia autonómica» (FJ 65). Esta misma doctrina se repite en relación con los artículos 140.3, sobre la posibilidad de asumir la gestión de los puertos, aeropuertos y otras infraestructuras de transporte de interés general (FJ 85), y 149.4, sobre la ejecución y gestión de las obras de interés general situadas en el litoral catalán (FJ 92).

A la vista de estos razonamientos conviene anotar las tres consideraciones siguientes: *a)* el Tribunal consigue desestimar la impugnación de estos preceptos por medio de una interpretación «manipulativa» de los textos respectivos orientada a expulsar algunas interpretaciones que eran perfectamente posibles a partir de su literalidad. Manipulación que, por una parte, convierte algunos mandatos estatutarios en simples posibilidades que sólo serán efectivas «en su caso», a voluntad del Estado. Y de la otra identifica o restringe la expresión genérica de «legislación estatal» con una especie concreta de esta legislación (las leyes orgánicas del art. 150.2); *b)* el Tribunal no ejerce aquí –ni en muchos otros pasajes del Estatuto– la función privativa que reclama para él mismo, en defecto de reforma constitucional expresa, consistente en acomodar el sentido de las categorías constitucionales a las circunstancias del tiempo histórico (FJ 57, *in fine*); simplemente ignora la evolución de estas circunstancias (en este caso, la tolerancia constitucional, la realidad institucional y el fomento político y administrativo de un gran número de mecanismos de reajuste competencial más flexibles que las leyes orgánicas de transferencia o delegación) y continúa exigiendo con todo el rigor –aunque, eso sí, sin reflejarlo en el fallo– el uso de estos mecanismos de ampliación extraestatutaria de competencias;¹¹ *c)* la interpreta-

11. Mecanismos que la CE efectivamente prevé para la *transferencia* o la *delegación* de facultades de titularidad estatal, pero no para su simple *asignación legal* o *por encargo* entre Administraciones.

ción del Tribunal aborta los intentos realizados por el Estatuto por ampliar los mecanismos de atribución de competencias en los casos mencionados, pero trata de forma más generosa otros supuestos próximos en que el Estatuto prevé intervenciones de la Generalitat por vías más débiles o indirectas.¹² En fin, se cierran muchas puertas, pero también se abren algunas rendijas.

f) Menosprecio a los puntos de conexión establecidos por el Estatuto

Los puntos de conexión fijados por el Estatuto para delimitar el alcance territorial de las competencias de la Generalitat quedan relativizados o despreciados por la interpretación que impone el Tribunal cuando desestima la impugnación de que habían sido objeto los preceptos afectados. La competencia en materia de cajas de ahorros *con domicilio en Cataluña* incluye en todo caso «el ejercicio de las potestades administrativas con relación a las fundaciones que creen» (art. 120.1.d EAC), pero el Tribunal entiende «como señala el Abogado del Estado, [que] la Generalitat ha de ejercer dichas potestades en el territorio de Cataluña (art. 115 EAC) respecto de las fundaciones en Cataluña y de acuerdo con los puntos de conexión que libremente fije el Estado en ejercicio de sus competencias (art. 149.1, 11 y 13)» (FJ 67). Nos encontramos, de nuevo, ante una interpretación que otorga al precepto un significado diferente al que se desprende de su tenor literal. Y también, nuevamente, ante una interpretación que no queda reflejada ni aludida en el fallo. El mismo argumento se aplica al art. 120.3 (FJ 67), 121.1.a (FJ 68), 146.1.b (FJ 86) y 154.2 (FJ 96).

Lo más curioso del caso es que en la impugnación del artículo 115 EAC (alcance territorial y efectos de las competencias) los recurrentes no habían discutido la posibilidad de que el Estatuto estableciera supuestos de eficacia jurídica

12. Es el caso, entre otros, del FJ 65, en relación con el art. 117.5 EAC, sobre la participación de la Generalitat en la ejecución de la planificación hidrológica; del FJ 67, donde se considera legítima la previsión establecida por el art. 120.4 EAC, de acuerdo con la cual la Generalitat colabora, de acuerdo con lo establecido en la legislación estatal, con el Ministerio de Economía y Hacienda y el Banco de España, en las actividades de inspección y sanción de las cajas de ahorro; del FJ 75, relativo al art. 128.3 EAC, sobre el ejercicio de facultades de gestión y control respecto de los órganos de denominaciones de origen supraterritoriales, en los términos que determinan las leyes; o del FJ 85, en el punto relativo a la participación en la gestión de puertos y aeropuertos de interés general, de acuerdo con lo que establezcan las leyes. El Tribunal también acepta las previsiones relativas a la emisión de informes preceptivos por parte de la Generalitat vinculados con el ejercicio de competencias estatales (art. 117.4, 133.2, 140.3, 146, 148.2, 149.2 y 169.5), si bien en algún caso (autorización de nuevas modalidades de juegos y apuestas de ámbito estatal) señala que el Estado «podrá, si lo estima conveniente, autorizar nuevos juegos o modificar los existentes de su competencia, como ocurre con la lotería nacional, tras recibir el informe de la Generalitat, sin estar vinculado por el contenido del mismo *o por su no emisión*» (FJ 86).

ca extraterritorial de las disposiciones y actos de la Generalitat, sino únicamente que el establecimiento de este tipo de puntos de conexión fuera establecido por otras disposiciones legales y, más concretamente, por leyes autonómicas (FJ 63). De hecho, tal como se recoge en el antecedente 57 de la Sentencia, los recurrentes recuerdan la doctrina de la STC 72/1983, de 29 de julio, donde se señalaba que las excepciones a la regla de la territorialidad debían estar contenidas en *normas integrantes del bloque de la constitucionalidad*, y afirman que la competencia para establecer puntos de conexión corresponde al Estado, en los supuestos en que no se encuentren previstos ni en la Constitución *ni en los Estatutos*.

g) *Otras interpretaciones de rechazo*

La STC 31/2010 fija el sentido de otros preceptos –sentido que se contradice, a menudo, con la literalidad de estas normas– no a través de las líneas argumentales de carácter transversal señaladas hasta ahora, sino a través de argumentaciones más directamente vinculadas con las materias afectadas y con la jurisprudencia constitucional establecida anteriormente sobre dichas materias (interpretación conforme a *la jurisprudencia constitucional*). No es posible revisar ahora todos los supuestos en que se da este fenómeno, ni las diferencias que puedan presentar entre sí. Pero la afirmación realizada se puede ilustrar con algunos ejemplos bastante elocuentes. Así, la competencia sobre «la determinación y el régimen de aplicación de los beneficios fiscales de las asociaciones que establezca la normativa tributaria, y también la declaración de utilidad pública, el contenido y los requisitos para obtenerla» (art. 118.1.b EAC) «debe entenderse referida al otorgamiento por la Comunidad Autónoma de otros beneficios, distintos de los beneficios sobre tributos estatales [...] sin que por tanto se desconozca la competencia que al Estado corresponde *ex art. 149.1.14 CE*, respecto del establecimiento de beneficios fiscales sobre tributos estatales». Esta lectura choca tanto con el texto del precepto estatutario, como con el entendimiento que se hace del mismo en el acuerdo de traspaso de funciones de la Administración del Estado a la Generalitat de Cataluña en materia de declaración de utilidad pública de las asociaciones y aplicación de los beneficios fiscales a asociaciones y fundaciones (RD 1266/2007).

En materia de propiedad intelectual, «el hecho de que el art. 155.1.b EAC haya relacionado entre las potestades autonómicas de ejecución la autorización y revocación de las entidades de gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual no conlleva, por sí solo, su inconstitucionalidad [...] Sin embargo, siendo el Estado el titular de la función legislativa en esta materia (art. 149.1.9 CE), al Estado corresponde decidir si tales autorizaciones y revocaciones pueden ejer-

cerlas las Comunidades Autónomas o debe retenerlas el propio Estado para asegurar el cumplimiento sin fraccionamiento de la propia legislación» (FJ 97).¹³

En fin, a pesar de que corresponde a la Generalitat la competencia ejecutiva en materia de trabajo y relaciones laborales y que esta competencia incluye en todo caso «la determinación de los servicios mínimos de las huelgas que tengan lugar en Cataluña» (art. 170.1.i EAC), entiende el Tribunal que «la Generalitat puede ser competente para la determinación de los servicios mínimos en caso de huelga en servicios esenciales para la comunidad, según quiere el artículo 170.1.i EAC, si bien sólo en los casos en los que le corresponde “la responsabilidad política del servicio en cuestión”, únicamente en el ámbito territorial en el que la Generalitat es competente –lo que excluiría las huelgas de ámbito supra-autonómico. Al margen quedan, por tanto, los supuestos de huelga en servicios esenciales que, radicados o prestados en territorio catalán –y sólo en él o también en otros territorios–, son de la competencia del Estado por corresponderle la responsabilidad política del servicio en cuestión» (FJ 106).

3. Valor y efectos de los pronunciamientos contenidos en la fundamentación jurídica de la STC 31/2010

¿Qué virtualidad tienen hoy las competencias de la Generalitat? ¿Hasta qué punto han quedado desactivadas a raíz de la STC 31/2010? Las declaraciones de inconstitucionalidad contenidas en el apartado segundo del fallo –que sólo afectan parcialmente a los artículos 120 y 126– tienen unos efectos bien conocidos: en los incisos afectados, estos preceptos son inconstitucionales y nulos, declaración que tiene plenos efectos *erga omnes* (art. 164.1 CE y 38.1 LOTC).

Las interpretaciones conforme a las cuales se sujetan formalmente los artículos 122, 127.3, 129 y 138 (apartado tercero del fallo: «No son inconstitucionales, siempre que se interpreten en los términos establecidos en el correspondiente fundamento jurídico») permiten calificar la Sentencia como *Sentencia interpretativa*. Y si la posibilidad de dictar este tipo de sentencias, a pesar de no estar previstas en la LOTC, es evidente, la cuestión de los efectos que derivan de las mismas ya no es tan clara. Ya no hay aquí declaración de inconstitucionalidad

13. Más preocupante resulta todavía la tesis general que cierra la argumentación: «A este respecto, es obvio que, en este caso, como en cualquier otro en que el Estatuto relacione potestades ejecutivas de la Generalitat en el seno de materias de competencia compartida, tales potestades ejecutivas no impiden que la legislación estatal retenga para el Estado las competencias que ahora se controvierten».

(art. 164.1 CE), sino simplemente una declaración de constitucionalidad condicionada a una determinada interpretación que hay que buscar en el fundamento jurídico correspondiente. Los propios magistrados disidentes reconocen que las sentencias interpretativas presentan problemas de efectividad jurídica y práctica, problemas que ejemplarizan en la interpretación establecida por la STC 108/1986, de 29 de julio (sobre la impugnación de la LOPJ en lo relativo a la elección de los vocales judiciales del CGPJ), posteriormente despreciada por las Cortes Generales. Es el caso del magistrado Rodríguez Arribas (VP, consideración segunda), quien sin embargo reconoce que en aquella Sentencia la fórmula interpretativa «no se llevó al fallo, ni directa ni indirectamente, limitándose éste a declarar la constitucionalidad de la norma impugnada, desestimando completamente la pretensión anulatoria». Por este motivo, considera dicho magistrado que en este punto, «al hacerse una expresa remisión desde el fallo a aquellos fundamentos jurídicos, nominalmente señalados, donde esta interpretación que permite a cada precepto ser constitucional, es un mandato *erga omnes* que, de no ser atendido, conducirá a la inconstitucionalidad de su aplicación».

Esta es, precisamente, la diferencia que presentan las interpretaciones manipulativas, restrictivas o aditivas, contenidas en otros fundamentos jurídicos, que el fallo no menciona cuando, en su apartado cuarto, se limita a «desestimar el recurso de inconstitucionalidad en todo lo demás». Por eso mismo, el magistrado Rodríguez-Zapata pronostica que «habrá controversia sobre si esa doctrina escondida tiene plenos efectos frente a todos (art. 164.1 a contrario) o si vinculan a todos los poderes públicos (art. 38.1 LOTC) las desestimaciones del apartado 4 del fallo, en la medida en que –aunque en apariencia desestiman el recurso– quieran ser argumentaciones interpretativas correctoras de muchas disposiciones» (VP, punto 7). A modo de ejemplo, el mismo magistrado explica que «la judicatura y la doctrina italiana han negado eficacia *erga omnes* a las Sentencias que esconden entre sus fundamentos interpretaciones que no se llevan al fallo, que sólo vincularían como precedente de autoridad, en la medida en que su argumentación sea persuasiva e invite a seguirla» (VP, punto 8.1). En la misma línea, un destacado constitucionalista español ha llegado a hablar de la *inanidad* de las sentencias interpretativas.¹⁴

La doctrina del Tribunal Constitucional no comparte esta visión, sino que tiende a reconocer los mismos efectos que tienen sus decisiones a las argumen-

14. M. Jiménez de Parga: «la sentencia interpretativa resulta a veces inane: quedan fuera de la resolución judicial los agentes que impondrán, según los casos, lo que más les conviene» («La inanidad de las sentencias interpretativas», *ABC*, 2.11.2009).

taciones o interpretaciones contenidas en la fundamentación jurídica de sus resoluciones: «la especial vinculación que para todos los poderes públicos tienen las Sentencias de este Tribunal no se limita, en contra de lo sostenido por el Abogado del Estado, al contenido del fallo, sino que se extiende a la correspondiente fundamentación jurídica, en especial a la que contiene los criterios que conducen a la *ratio decidendi*». ¹⁵ Por tanto, el Tribunal utilizará la doctrina que él mismo ha establecido en la fundamentación jurídica de la STC 31/2010 y la aplicará, siempre que lo crea conveniente, en casos posteriores, como así ha hecho bien pronto en las SSTC 46 a 48/2010 (resolutorias de los recursos de inconstitucionalidad formulados contra el EAC por los gobiernos autonómicos de Aragón, Islas Baleares y Comunitat Valenciana). Una doctrina que también vinculará a los jueces y tribunales (art. 5 LOPJ).

Las instituciones centrales del Estado recurrirán con frecuencia a esta doctrina para amparar sus iniciativas normativas o ejecutivas, para oponerse a las iniciativas autonómicas que puedan contradecirla o para fundamentar su posición en la negociación de los traspasos que todavía puedan derivar del Estatuto. Y si en algún caso no consideran conveniente hacerlo será, probablemente, por la menor claridad o por la apariencia de menor vinculatoriedad que presenten los pronunciamientos aplicables.

En definitiva, las competencias de la Generalitat han quedado en buena parte desactivadas a raíz de la STC 31/2010. Esta desactivación va mucho más allá de lo que el fallo permite deducir, ya que se produce principalmente en la fundamentación jurídica de esta resolución jurisdiccional, donde tiene un alcance considerable. En cualquier caso, las declaraciones públicas que pretendían minimizar los efectos que la Sentencia ha tenido sobre el Estatuto tomando en consideración el número de preceptos (o vocablos) declarados inconstitucionales con relación al resto que quedarían «salvados» sólo se pueden imputar a la ignorancia o a la mala fe. Sea como sea, la correspondencia existente en cada caso entre la certeza jurídica de los pronunciamientos del Tribunal y sus efectos vinculantes nos situaría ante una gradación del valor de estos pronunciamientos, que disminuiría a medida que pasamos de la declaración de inconstitucionalidad a la interpretación conforme recogida en el fallo y de este último a las interpretaciones y consideraciones que constan únicamente en la fundamentación jurídica de la STC 31/2010. La evolución de los acontecimientos posteriores a esta resolución será la que nos permitirá captar, en su caso, la realidad y la intensidad de esta gradación.

15. STC 158/2004, FJ 4, y en el mismo sentido ATC 14/1991, FJ 3; ATC 15/1991, FJ 2, y STC 6/1991, FJ 4.

En cualquier caso, suscribimos la posición que ha mantenido recientemente Barceló al afirmar, como diferencia entre las interpretaciones contenidas en el fallo y las interpretaciones que éste omite, que únicamente las primeras tendrán valor de cosa juzgada material. Y suscribimos igualmente el criterio de esta autora cuando, sin negar la eficacia de los fundamentos jurídicos interpretativos, como regla general, considera que pueden generarse diversas excepciones a dicha regla general y que en función de las características propias de cada una de estas interpretaciones realizadas por el Tribunal la vinculación de los poderes públicos a estos pronunciamientos será una u otra, hasta quedar, en algunos supuestos, completamente diluida.¹⁶

16. Barceló i Serramalera, M. «Los efectos de la Sentencia 31/2010 en el catálogo de derechos, deberes y principios del Estatuto de Autonomía de Cataluña. Una desactivación más aparente que real». [Agradezco a l'autora que me haya permitido compartir el trabajo citado, destinado a la *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, correspondiente a 2011, en prensa.]

12. LAS RELACIONES INSTITUCIONALES DE LA GENERALITAT

Comentario de la Sentencia del Tribunal Constitucional que resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado por el PP contra el Estatuto de Autonomía de Cataluña: comisión bilateral Generalitat-Estado (artículo 183 EAC) (389-395)

M. Mar Pérez Velasco

Las relaciones institucionales de la Generalitat en la Sentencia sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña (396-408)

Neus París Domènech

Las relaciones de la Generalitat con la Unión Europea (409-413)

Andreu Olesti Rayo

La acción exterior de la Generalitat en la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña (414-420)

Xavier Pons Ráfols

COMENTARIO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL QUE RESUELVE EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR EL PP CONTRA EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE CATALUÑA: COMISIÓN BILATERAL GENERALITAT-ESTADO (ARTÍCULO 183 EAC)

M. Mar Pérez Velasco*

Una de las principales novedades del Estatuto de 2006 es la creación y la regulación de la Comisión Bilateral Generalitat-Estado. La creación y las funciones de la Comisión han sido objeto de controversia a lo largo de todo el proceso de elaboración y aprobación del texto estatutario¹ y han sido uno de los aspectos recurridos por los diputados y senadores del Partido Popular².

La Sentencia, en su parte declaratoria, apartado tercero, que declara que no son inconstitucionales los preceptos que allí se mencionan, siempre que se interpreten en los términos establecidos en el correspondiente fundamento jurídico que se indica, se refiere a la Comisión Bilateral únicamente con respecto al primer apartado del artículo 183 del Estatuto en relación con el FJ 115.

No obstante, hay que tener en cuenta que en la Sentencia encontramos otras referencias a la Comisión Bilateral y a sus funciones pero que no se han trasladado a la parte dispositiva; no conocemos el motivo de la distinción. Por otra parte, hay que tener en cuenta que, de forma reiterada, en el recurso se cuestionaba la bilateralidad, tanto en su formulación como principio (artículo 3.1 del EAC), como en las diversas previsiones que lo concretan. Analizaremos aquí especialmente la previsión de la Comisión Bilateral Generalitat-Estado (artículo 183 EAC) ya que otras concreciones son objeto de comentario en otros apartados.

* M. Mar Pérez Velasco, profesora de derecho constitucional de la Universidad de Barcelona. Este artículo forma parte del proyecto de investigación «Reformas estatutarias y nuevos instrumentos de relación entre el Estado y las Comunidades Autónomas» (DER 2008-04108/JURI).

1. La Comisión Bilateral figura ya en el artículo 177 del texto aprobado por la Ponencia el 17-5-2004, que le asigna un número muy significativo de competencias. La Comisión, en su Dictamen de 1 de agosto de 2005, no introdujo ninguna modificación al Informe de la Ponencia de fecha 28-7-2005. El Consejo Consultivo en su Dictamen 269/2005, de 1 de septiembre, declaró inconstitucional el condicionamiento imperativo por parte de la Comisión Bilateral del ejercicio de competencias estatales.

2. Véanse los argumentos de los recurrentes en los antecedentes 102. a y 106. a, de la Sentencia y las alegaciones del abogado del Estado, del Gobierno de la Generalitat y del Parlamento de Cataluña en los apartados b, c y d, respectivamente, del antecedente 106.

El recurso contra el EAC reprochaba al principio de bilateralidad, con carácter general, que se basara en un modelo de relación incorrecto, al situar ambas partes, Estado y Generalitat, en posición de igualdad (FJ 13). Estas consideraciones se trasladan también al examen de las concreciones de este principio y al apartado dedicado a la regulación de la Comisión Bilateral (FJ 115, 116 y 117).

El TC, después de aclarar que los sujetos que se relacionan son la Generalitat (que forma parte del Estado, entendido en el sentido más amplio) y las instituciones centrales del Estado, precisa que estas relaciones entre entes políticos no lo son en situación de igualdad, ya que el Estado «central» o «general» ostenta una posición de superioridad respecto de las Comunidades Autónomas.

Se reconoce en la sentencia que el Estatuto «no es sede normativa inadecuada» para concretar la regulación del principio de bilateralidad, siempre y cuando responda al principio general de cooperación reconocido en la Constitución y del que es una manifestación, y no sea excluyente con el principio de multilateralidad.

La Comisión Bilateral Generalitat-Estado

El artículo 183 del Estatuto prevé la Comisión Bilateral Generalitat-Estado³ como un órgano de colaboración entre el Gobierno de la Generalitat y el Gobierno del Estado y la define como el marco general y permanente de relación, de acuerdo con los principios que establecen los artículos 3.1 y 174 del EAC, a los efectos de la participación y colaboración de la Generalitat en el ejercicio de competencias estatales que afecten a la autonomía de Cataluña y para el intercambio de información y el establecimiento de mecanismos de colaboración en las respectivas políticas públicas y asuntos de interés común.

La Comisión Bilateral es de composición paritaria, su presidencia se alterna anualmente, se reúne como mínimo dos veces al año, tiene una secretaría permanente, elabora una memoria que traslada a los gobiernos y al Parlamento autonómico y adopta su reglamento de funcionamiento interno por acuerdo de ambas partes (apartados 3, 4 y 5 del artículo 183 EAC).⁴ Ninguna de estas previsiones organizativas ha sido objeto de impugnación y quedan inalteradas, sin más comentario del Tribunal.

3. La Comisión Bilateral Generalitat-Estat que regula el Estatuto tiene un antecedente en la regulación de la ley 30/1992 (artículo 5) y se reforzó con las nuevas funciones que le atribuyó la reforma de la LOTC sobre la posibilidad de resolver discrepancias, mediante negociaciones y en su caso adopción de acuerdos, con carácter previo a la interposición de un recurso de inconstitucionalidad (art. 33 LOTC).

4. Reglamento de la Comisión Bilateral Generalitat-Estat aprobado por acuerdo de la mencionada Comisión el 16 de abril de 2007 (BOE n.º 244, 11.10.2007, y DOGC n.º 4986, 11.10.2007).

En el artículo 183.2 EAC, se establece que la Comisión Bilateral puede deliberar, proponer y adoptar acuerdos, si procede, sobre ámbitos diversos, que estén relacionados con las líneas generales de gobierno que corresponden a ambas instituciones y que, por lo tanto, merezcan un conocimiento común, a pesar de las diferentes responsabilidades que puedan corresponder a cada una de estas instancias.

Sobre la Comisión Bilateral Generalitat-Estado, se formulan tres tipos de consideraciones que, en síntesis, se refieren a: en primer lugar, la creación de un órgano bilateral estable, como marco general y permanente de relación (artículo 183.1 EAC); en segundo término, se analizan sus funciones y, concretamente, las relativas a los proyectos de ley, la programación económica y la propuesta de organismos y empresas estatales en que la Generalitat podría designar representantes y las modalidades de representación (artículo 183.2 EAC); y un tercer grupo de consideraciones se refieren a la emisión de informes por parte de la Comisión Bilateral (en el ámbito del juego, artículo 141.2 EAC; en materia de relaciones con la Unión Europea, artículo 186.3 EAC; y ubicación de infraestructuras y equipamientos estatales, artículo 149.2 EAC).

1) Sobre la posible inconstitucionalidad del artículo 183.1 EAC que prevé la Comisión Bilateral Generalitat-Estado, el TC verifica que con la creación de esta Comisión únicamente se trata de la constitución de una estructura orgánica en que se concreta el principio de bilateralidad. Recuerda nuevamente que con esta Comisión tan solo se puede referir a las relaciones entre la Comunidad Autónoma de Cataluña y el Estado central, como elementos constitutivos del Estado español. En ningún caso se podría entender como una relación entre el Estado español y la Generalitat de Cataluña, que quedaría excluida por inconstitucional. Por lo tanto, los sujetos implicados en la Comisión Bilateral son los Gobiernos respectivos.⁵ Incluso, con ocasión del análisis de uno de los informes preceptivos se la define como órgano paritario de colaboración en el que se integran representantes de ambas administraciones.⁶

Se considera que la regulación del artículo 183.1 del Estatuto sobre la Comisión Bilateral no es contraria a la Constitución si se interpreta que no excluye otros marcos de relación y siempre que no se trate de funciones diferentes a las relativas de la cooperación voluntaria (FJ 115). Como se ha dicho, este

5. En la versión del Estatuto aprobada por el Parlamento de Cataluña (30 de septiembre de 2005) y que se presentó a la tramitación de las Cortes Generales, la Comisión Bilateral se preveía como un «marco general y permanente de relación entre la Generalitat y el Estado», sin mencionar los Gobiernos. Esta versión podría haber dado lugar a la confusión aclarada por el TC, aunque en el dictamen del Consejo Consultivo no se detectó ninguna inconstitucionalidad al respecto.

6. Sobre el informe preceptivo de la Comisión Bilateral en relación a la ubicación de las infraestructuras y equipamientos del Estado en Cataluña (artículo 149.2 del EAC, FJ 92).

artículo 183.1 del EAC es el único apartado de la Comisión Bilateral que se traslada a la parte resolutoria de la sentencia en su apartado tercero.

2) Sobre las funciones de la Comisión Bilateral, el TC las enmarca dentro de la cooperación voluntaria, sin que con eso se puedan derivar efectos vinculantes ni condicionados ya que la circunscribe al ámbito político, a una facultad de acción política, de impulso y estímulo del ejercicio de competencias, pero por quien es efectivamente su titular exclusivo. Por lo tanto, el TC considera que esta relación tendría un límite en la imposibilidad de ejercicio de competencias ajenas por parte de la Generalitat de Cataluña y se insiste en que no se pueden excluir, con la previsión de esta Comisión Bilateral, otros marcos de relación.

Pero específicamente el recurso se refería a la inconstitucionalidad de tres supuestos mencionados en el artículo 183.2 EAC que describe las funciones.⁷ Concretamente se han cuestionado las previsiones relativas a los ámbitos de los proyectos normativos, la programación económica y sobre la propuesta de participación en organismos del Estado (son las letras a, b y f del artículo 183.2 EAC⁸). Se considera que estas materias, actividades o sectores tienen que ser establecidos por la legislación estatal, y por otra parte, se cuestionan también, por tratarse de una concreción procedimental del principio de bilateralidad, discutido en el artículo 3.1 del EAC. Son argumentos que se han repetido en otros apartados del EAC y por lo tanto se trasladan de nuevo en esta previsión (véanse los FJ 111, 112 y 113, donde se analiza la constitucionalidad de los artículos 174.3, 176.2 y 3, 180, 182.1, 2 y 3 EAC, en relación a las previsiones de participación en instituciones y organismos del Estado).

A falta de más argumentación de los recurrentes, el TC considera que las funciones de deliberación, propuesta y, en su caso, adopción de acuerdos constituyen una colaboración y participación de la Comisión Bilateral como órgano de cooperación, que no impiden el libre y pleno ejercicio por parte del Estado de sus propias competencias. La Comisión Bilateral no sustituiría, vincularía o

7. El artículo 183.2 EAC prevé como funciones de la Comisión Bilateral: a) los proyectos de ley que afecten a la distribución de competencias entre el Estado y la Generalitat; b) la programación de la política económica del Gobierno del Estado en lo que afecte singularmente a los intereses y competencias de la Generalitat y sobre la aplicación y el desarrollo de esta política; c) y e) el impulso, evaluación y mejora de la colaboración, y los conflictos competenciales planteados y propuesta de medidas para resolverlos; d) conflictos competenciales; f) la propuesta de la relación de organismos económicos, instituciones financieras y empresas públicas del Estado en que la Generalitat puede designar representantes y modalidades para hacerlo; g) y h) el seguimiento de la política europea y de la acción exterior, y, en general, i) cuestiones de interés común.

8. Hay que recordar que en las funciones sobre los proyectos de ley y la programación económica, en la versión aprobada por el Parlamento y que se envió a las Cortes Generales, se contenían referencias a las normas básicas con respecto a los proyectos normativos y a la afectación a los mercados energéticos y sistemas financieros que se suprimieron en el trámite de aprobación como ley orgánica.

dejaría sin efecto las decisiones que le correspondía adoptar. Es por ello que se desestima la impugnación de este apartado (FJ 116).

Ahora bien, para la propuesta de relación de organismos económicos, instituciones financieras y empresas públicas del Estado en que la Generalitat puede designar representantes, y las modalidades y las formas de esta representación, también hay que tener en cuenta las consideraciones que el TC formula sobre los artículos 174.3 EAC, 180 EAC y, especialmente, el artículo 182 EAC, al prever supuestos específicos de participación. Las limitaciones que el TC identifica en cuanto a que únicamente las leyes estatales pueden prever estas participaciones y la exclusión de la participación en órganos decisorios, se deberían de tener en cuenta en la función de propuesta de la Comisión Bilateral en este ámbito.⁹

3) Un tercer apartado de consideraciones que afectan a las funciones de la Comisión Bilateral Generalitat-Estado, aunque no aparezca reflejado en el artículo 183 EAC, es el correspondiente a la emisión de informes preceptivos o previos de la Comisión Bilateral sobre determinadas materias y sobre la posición determinante del Gobierno de la Generalitat previsto en la Disposición adicional segunda del EAC, que establece la necesidad de que el Estado motive ante la Comisión Bilateral si no acoge, en el acuerdo, la posición mencionada.

El TC entiende que el carácter determinante establecido en la disposición adicional segunda del EAC no es equivalente a posición vinculante como lo entendían los recurrentes y considera que el Estatuto no es sede normativa inadecuada para prever este tipo de mecanismo, a pesar del reproche realizado en el recurso sobre este extremo (FJ 117).

Del análisis de los casos previstos en los artículos 141.2 EAC (autorización de nuevas modalidades de juego y apuestas de ámbito estatal) y artículo 186.3 EAC (participación en la formación de las posiciones del Estado ante la Unión Europea cuando afectan a las competencias exclusivas de la Comunidad Autónoma), el TC entiende que la previsión de que el Estado tenga que motivar ante la Comisión Bilateral no haber recogido la posición de la Generalitat, no excluye que el Estado pueda libremente no acogerla.

Se considera que la posición determinante, en los términos genéricos en que se prevé, es un mecanismo de colaboración. El deber de motivación no pa-

9. Esta función de propuesta prevista para la Comisión Bilateral Generalitat-Estado se tiene que conectar con la previsión de la Disposición final cuarta del EAC sobre la determinación de las entidades del artículo 182 EAC que corresponde realizar a la Comisión Mixta de Asuntos Económicos y Fiscales Estado-Generalitat. Esto dio lugar a la creación de un Grupo de Trabajo Mixto, con representantes de ambas Comisiones, para formular las propuestas correspondientes, en la reunión de la Comisión Bilateral realizada el 30 de julio de 2008.

realiza la competencia estatal que podrá autorizar los juegos nuevos o modificar los existentes, sin vincularse por el contenido del informe de la Generalitat, o su falta de emisión. Y con respecto a la calificación de determinante de la posición expresada por la Generalitat para la formación de la posición estatal ante la Unión Europea, si afecta a sus competencias exclusivas, o si se pueden derivar consecuencias financieras o administrativas de especial relevancia para Cataluña, también se entiende que la posición determinante es un mecanismo de colaboración y cooperación que no vincula al Estado, que únicamente tiene que exteriorizar la discrepancia (art. 186.3 EAC, FJ 120).

Un último supuesto de informe que emite la Comisión Bilateral que también se ha impugnado es el relativo a la determinación de la ubicación de las infraestructuras y los equipamientos de titularidad estatal en Cataluña previsto en el artículo 149.2 del EAC. Los recurrentes consideran que se trata de un condicionamiento del ejercicio de las competencias del Estado a pesar de no tener la calificación de determinante (FJ 92).

Para analizar las características del informe, la sentencia remite a las argumentaciones realizadas para otros casos donde analiza otros informes previos, como son los relativos a la calificación de interés general de un puerto, aeropuerto u otras infraestructuras de transporte situadas en Cataluña (el artículo 140.3 EAC), o bien en los supuestos de la calificación de interés general de las obras públicas (el artículo 148.2 EAC). En estos procedimientos, según el TC, la emisión de informes preceptivos por parte de la Administración que ostenta las competencias concurrentes con la Administración actuante es legítima y no se perturban las competencias (FJ 85 y 91).¹⁰ Sobre el informe de la ubicación de las infraestructuras y los equipamientos se añade la peculiaridad de que lo realiza la propia Comisión Bilateral Generalitat-Estado.

10. Otros supuestos en que se ha previsto el informe de la Generalitat son:

El informe preceptivo de la Generalitat para cualquier propuesta de trasvase de cuencas que implique modificación de recursos hídricos de su ámbito territorial previsto en el art. 117.4 EAC. Los recurrentes entienden que impone un condicionante a las competencias del Estado. El TC considera que es un mecanismo de colaboración sin que se desplace o enerve la competencia estatal (FJ 65).

Sobre el informe previo de la Generalitat en el procedimiento de otorgamiento de autorizaciones por el Estado de instalaciones energéticas que radiquen en Cataluña, se extiendan o permitan su aprovechamiento más allá de su territorio previsto en el art. 133.2 EAC, se considera por los recurrentes que condiciona indebidamente el ejercicio de competencias del Estado. El TC recuerda que no es un informe vinculante; por lo tanto es un instrumento de cooperación (FJ 79).

El TC considera razonable, como mecanismo de colaboración entre la Comunidad Autónoma y el Estado, que en el supuesto de integración de una línea local o servicio de transporte que transcurra íntegramente por Cataluña en líneas de ámbito superior previsto en el art. 169.2 EAC se requiera informe previo de la Generalitat. Esta translación competencial justifica el informe previo de la Generalitat que ni desplaza ni enerva la competencia (FJ 105).

Un supuesto de informe de la Comisión Bilateral que no ha sido objeto de recurso es el relativo a la declaración y la delimitación de espacios naturales dotados con un régimen de protección estatal (artículo 144.4 EAC).

Conclusiones

A pesar de las diversas referencias a la Comisión Bilateral Generalitat-Estado que se realizan en la Sentencia, únicamente se traslada a su parte resolutoria, apartado tercero, la relativa al punto primero del artículo 183 del Estatuto, el que se dedica a la definición de este órgano. No se conoce la razón para el diverso tratamiento de las otras consideraciones interpretativas que también afectan al mencionado órgano.

El Tribunal Constitucional equipara las relaciones entre la Generalitat y el Estado con las relaciones entre una parte y el todo, y considera que estas relaciones no se producen entre dos sujetos situados en una posición de igualdad. No obstante, el TC no deduce una consecuencia inmediata sobre aspectos concretos en los que se materializa el principio de bilateralidad que es el que regula estas relaciones (FJ 110).¹¹

La Sentencia no se pronuncia sobre la composición y estructura de la Comisión Bilateral Generalitat-Estado, la cual reconoce como fórmula de cooperación voluntaria, que no excluye otros marcos de relación. Sobre sus funciones, que circunscribe al ámbito político, considera que no limitan ni impiden el pleno ejercicio de las competencias estatales. Específicamente sobre los informes de la Comisión Bilateral Generalitat-Estado y la posición determinante del Gobierno de la Generalitat considera la Sentencia que son mecanismos de colaboración que no vinculan el ejercicio de competencias del Estado, y por lo tanto son constitucionales (FJ 115, 116, 117 y 120).

Resultaría limitada por la interpretación de la Sentencia la función de la Comisión Bilateral consistente en la propuesta de participación de la Generalitat en entidades estatales en la medida en que el TC limita la participación que solo las leyes estatales pueden prever y la exclusión de la participación en órganos decisorios (FJ 111 y 114).

11. Tanto los recurrentes, como algunos de los votos particulares a la Sentencia, deducían del reconocimiento de este principio de bilateralidad definiciones del modelo político, ámbito que se consideraba excluido del contenido posible de un estatuto de autonomía y por lo tanto merecedor de la declaración de inconstitucionalidad. No obstante, la Sentencia no suprime la noticia de este principio del texto del Estatuto.

LAS RELACIONES INSTITUCIONALES DE LA GENERALITAT EN LA SENTENCIA SOBRE EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE CATALUÑA

Neus París Domènech*

1. Introducción

Con la designación de relaciones institucionales el Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC) integra en el texto estatutario diversos aspectos referidos a las relaciones de la Generalitat con el Estado, con otras Comunidades Autónomas, con la Unión Europea y, finalmente, con la acción exterior de la Generalitat. De este amplio contenido nos limitaremos a analizar, en este artículo, las relaciones de la Generalitat con el Estado y, por lo tanto, no entraremos a analizar las repercusiones de la Sentencia sobre las relaciones con la Unión Europea ni sobre la acción exterior de la Generalitat.

Con respecto a las relaciones de la Generalitat con el Estado, posiblemente el instrumento más importante para hacer efectiva esta participación con un carácter bilateral y general es la previsión estatutaria de la Comisión Bilateral de relaciones Estado-Generalitat de Cataluña. El artículo 183 regula las funciones y composición de este órgano bilateral de participación con la finalidad de crear un marco estable de relación que permita a la Generalitat incidir en la definición de las políticas estatales que afectan a sus intereses, superando en consecuencia el ámbito material referido a las competencias por uno más amplio, y al mismo tiempo facilitar la coordinación de las actuaciones de estas dos instancias políticas. La previsión de un artículo específico sobre este órgano hace innecesario incorporar su análisis en este artículo. No obstante, es importante señalar que la STC 31/2010, de 28 de junio, limita las funciones de estos órganos a las de colaboración entre el Gobierno de la Generalitat y del Estado en los ámbitos que corresponden y a los que no pueden renunciar ni pueden verse afectados por las funciones que se atribuye en el EAC a la Comisión Bilateral. Además determina que no puede excluir otros marcos de relación (FJ 115).

* Neus París Domènech, abogada de la Generalitat. Profesora asociada de derecho constitucional de la Universidad de Barcelona. Este artículo forma parte del proyecto de investigación «Reformas estatutarias y nuevos instrumentos de relación entre el Estado y las Comunidades Autónomas» (DER 2008-04108/JURI).

Aunque la previsión estatutaria sobre las relaciones de colaboración con otras Comunidades Autónomas no ha sido cuestionada, entendemos que no podemos obviar un análisis esquemático de estas relaciones en el texto estatutario. En este caso, no podemos referirnos a la necesidad de completar una falta de regulación dado que tanto la CE en su artículo 145 como el EAC en su artículo 25 ya preveían el marco convencional de relaciones entre Comunidades Autónomas. Esta regulación constitucional y estatutaria no había sido muy favorable a la articulación de este sistema de relaciones. El artículo 145 CE establece que los convenios entre Comunidades Autónomas con el fin de cumplir y prestar servicios propios se deben comunicar a las Cortes Generales y que los acuerdos de cooperación requieren la autorización de las Cortes. Finalmente, la CE se remite a los Estatutos para determinar el carácter y los efectos de la comunicación. En el ámbito de Cataluña, el artículo 27 del EAC de 1979 preveía la celebración de convenios de gestión si bien lo limitaba al ámbito de sus competencias exclusivas y establecía la necesidad de la aprobación por el Parlamento. Obviamente también distinguía entre convenios y acuerdos de colaboración. La nueva regulación trata, con los límites que comporta la restrictiva regulación constitucional, de establecer una regulación más favorable. La principal novedad, aunque no la única, afecta al ámbito objetivo. El artículo 174 establece un triple objetivo: el establecimiento de políticas comunes, el ejercicio eficaz de las competencias y el tratamiento de asuntos de interés común. Como se deriva de la misma regulación estatutaria el objeto es más amplio y ya no encuentran una referencia al ámbito de las competencias exclusivas.

2. Principios constitucionales referidos a las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas

La participación de las Comunidades Autónomas en las instituciones, en los organismos y en las competencias estatales y en el establecimiento de un sistema de relaciones del Estado con las Comunidades Autónomas y de estas entre sí, ha sido entendida como un elemento imprescindible para el funcionamiento eficaz del Estado autonómico. A pesar de la unanimidad con que la doctrina y la jurisprudencia constitucional han formulado este principio de colaboración y de participación, no encontremos en el texto constitucional una regulación mínimamente completa. Esta falta de previsión constitucional no ha impedido la existencia de un entramado de relaciones que se han ido formulando mediante mecanismos diversos y que se ha manifestado de manera mucho más intensa en

las relaciones entre Estado y Comunidades Autónomas que en las relaciones de estas entre sí.

Las relaciones entre el Estado y la Generalitat se fundamentan en el principio de lealtad institucional mutua, principio que ha sido afirmado en diversas ocasiones por el Tribunal Constitucional aunque no figura de manera expresa en la CE.

De la lealtad institucional, configurada como la necesidad de ponderar en el ejercicio de las competencias propias la totalidad de los intereses públicos implicados, deriva un mandato de colaboración que se basa en el principio de voluntariedad y de respeto estricto a la titularidad de las competencias. Pero también deriva de la lealtad institucional el principio de bilateralidad. Un estado compuesto como el que articulan la CE y los estatutos de autonomía (EA) requiere para su correcto funcionamiento un entramado de relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas que pueden ser bilaterales o multilaterales. Se ha cuestionado la previsión estatutaria de relaciones bilaterales pero estas son inherentes a la definición del Estado autonómico, vista la existencia de cuestiones que son privativas de alguna Comunidad Autónoma, o que derivan de la asimetría competencial o del alcance diverso de la voluntad de autogobierno. Los recursos planteados tanto por el Grupo Parlamentario Popular como por la Comunidad Autónoma de la Rioja contra el EAC destacan la previsión de este principio como un elemento de discriminación respecto del resto de Comunidades Autónomas e impropio en la configuración del Estado autonómico. Esta afirmación, como veremos, afortunadamente no es compartida por el Tribunal Constitucional.

3. Previsión estatutaria de las relaciones de colaboración y participación entre el Estado y la Generalitat

El EAC incorpora un conjunto de instrumentos y principios que deben regir estas relaciones. Ya hemos dicho, y conviene de nuevo recordarlo, que el instrumento idóneo para establecer este sistema es el texto constitucional, pero que la CE sea el instrumento idóneo no comporta, como consecuencia directa, que no se pueda articular en el texto estatutario mediante instrumentos diversos, si bien la configuración de estos se encontrará con limitaciones. El Estatuto parte de la base de que su papel en el sistema de fuentes le permite llenar el vacío del texto constitucional dada la función que constitucionalmente tiene asignada. A pesar de que los instrumentos mediante los cuales se deben llevar a cabo estas relaciones no figuran en el artículo 147 CE entre las materias que necesariamente han de formar parte del contenido estatutario, estos instrumentos de co-

laboración y participación se encuentran claramente relacionados con las funciones que la CE prevé como propias de los Estatutos de Autonomía. Este es también el criterio que la Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional recoge expresamente y con carácter general en los FJ 4 y 6, y de manera específica al referirse a las relaciones entre el Estado y la Generalitat en el FJ 13.

Las previsiones que el EAC hace de los instrumentos de colaboración y participación dotan de una regulación más intensa a la participación de Cataluña en las instituciones y organismos estatales y establecen el deber del Estado de abrir la delimitación de determinadas políticas estatales a la Generalitat. Con estas previsiones el EAC pretende superar el marco de relaciones que de manera natural se ha venido estableciendo, que se caracterizaba por un alto grado de voluntariedad y por una plasmación en el momento de ejecución de las políticas públicas del Estado, y adelantar la participación al momento de la toma de las decisiones.¹

El EAC intenta delimitar unas relaciones que entiende necesarias pero se limita a hacerlo desde la óptica de la bilateralidad dejando al margen los canales e instrumentos de colaboración y participación de alcance multilateral a los que, si bien se refiere, no regula.

4. Regulación estatutaria de los instrumentos de colaboración y participación de la Generalitat con el Estado

El artículo 3 del EAC proclama que las relaciones de la Generalitat con el Estado se fundamentan en el principio de lealtad institucional mutua y se rigen por el principio general según el cual la Generalitat es Estado, por el principio de autonomía, por el principio de bilateralidad y por el principio de multilateralidad.

De la proclamación de que la Generalitat, así como otros entes territoriales dotados de autonomía, es Estado, se deriva que las Comunidades Autónomas defienden sus intereses respectivos pero no pueden ser ajenas al interés general. El Tribunal Constitucional en el FJ 13 manifiesta, como no podía ser de otra manera, que la afirmación de que la Generalitat es Estado es indiscutible, ya que la acepción amplia de Estado incluye a todas las Comunidades Autónomas. No obstante, de esta afirmación el Tribunal Constitucional deriva que no es posible que este principio articule las relaciones de la Generalitat con el Estado en que se integra sino que debe entenderse que lo que permite articular es un sistema

1. Roig Molés, Eduard. «La regulació de les relacions de la Generalitat amb l'Estat en el nou Estatut d'Autonomia de Catalunya», en *Activitat Parlamentària*, n.º 15, 2008, pág. 66 y ss.

de relaciones entre la Generalitat y las instituciones centrales del Estado. Hasta aquí nada que objetar a la doctrina fijada, pero ya en este mismo FJ el Tribunal Constitucional nos adelanta los criterios que a su parecer regirán el análisis específico de los instrumentos de participación y colaboración, que no son otros que el pleno respeto a la estructura constitucional del Estado y al sistema distribución de competencias, y el reconocimiento de una posición de superioridad del Estado respecto de las Comunidades Autónomas que no les permite la negociación desde una posición de igualdad. Incorpora en este último aspecto la doctrina constitucional establecida en la Sentencia 4/1981, de 2 de abril, en la que efectivamente se expresa una posición de superioridad del Estado sobre las Comunidades Autónomas, si bien en aquel caso, y debemos entender que la STC-EAC no pretende llevar más allá esta doctrina, esta posición de superioridad queda limitada a dos instrumentos constitucionales concretos como son las leyes de armonización y la previsión del artículo 155 de mecanismos excepcionales de protección del interés general ante la actuación de las CA.

Además, el Tribunal Constitucional estima que el análisis de la adecuación de los instrumentos previstos en el texto estatutario a la estructura constitucional del Estado se debe efectuar a partir del texto constitucional y de la delimitación que de este efectúa el mismo Tribunal Constitucional, desplazando de esta manera al EAC de su función constitucional (FJ 110).

El EAC inicia la regulación de las relaciones de la Generalitat con el Estado con un pronunciamiento genérico sobre el deber de ayuda mutua y colaboración para el ejercicio eficaz de las competencias y para la defensa de los intereses respectivos. Asimismo, establece el principio de participación genérica de la Generalitat en las instituciones, los organismos y los procedimientos de toma de decisiones del Estado que afecten las competencias de Cataluña con una remisión al marco regulador previsto en el Estatuto y las leyes. Este principio se concreta en un conjunto de instrumentos.

El artículo 175 se refiere a la posibilidad de que el Estado y la Generalitat, siempre respetando el sistema de distribución de competencias, suscriban convenios de colaboración y hagan uso de otros medios de colaboración, y establece, además, la participación de la Generalitat en órganos y procedimientos multilaterales de relación.

El EAC se centra en los convenios bilaterales de colaboración pero no olvida que éstos no son los únicos instrumentos posibles. Es obvio, y así se recoge expresamente en el artículo 176 EAC, que la participación de la Generalitat en estos instrumentos bilaterales y multilaterales no altera la titularidad de las competencias. De este principio se deriva la falta de vinculación a la Generalitat

en las decisiones adoptadas en este marco de colaboración multilateral en que no participan o en los que han expuesto su opinión contraria. Esta previsión no es nueva en nuestro ordenamiento jurídico: la regulación de las conferencias sectoriales en la legislación de régimen jurídico de las administraciones públicas ya había sido analizada por el Tribunal Constitucional, que determinó que las conferencias no pueden en ningún caso sustituir a los órganos propios de las Comunidades Autónomas ni sus decisiones pueden anular sus facultades decisorias, sino que deben ser órganos de encuentro para analizar problemas comunes y para debatir líneas de acción oportunas. De nuevo en esta Sentencia, el Tribunal Constitucional se reafirma en la doctrina expuesta para manifestar de manera clara que la participación en estos órganos multilaterales de relación no puede en ningún caso alterar el orden constitucional de distribución de competencias ni puede comportar la renuncia a las propias competencias, mediante las decisiones adoptadas de forma multilateral (FJ 112).

En cuanto a la regulación concreta de los convenios de la Generalitat con el Estado, el EAC se limita a indicar en su artículo 177 que su régimen jurídico se debe establecer por ley del Parlamento y determina la necesidad de publicación en los diarios oficiales. Esta regulación no ha sido objeto de impugnación.

El EAC entre las técnicas de participación prevé la participación de la Generalitat en las instituciones estatales de especial incidencia en la configuración del estado autonómico.

El primero de estos instrumentos, que tampoco ha sido objeto de impugnación, es la previsión que hace el artículo 179 relativa a los senadores escogidos en Cataluña y a los que representan a la Generalitat en el Senado a fin de que comparezcan ante el Parlamento. Esta regulación tiene por finalidad establecer una relación entre los senadores que representan a la Generalitat en una cámara definida de representación territorial y lo hace de forma plenamente respetuosa con la prohibición de mandato imperativo previsto en el artículo 67 CE.

Más problemática ha sido la previsión de participación de la Generalitat en otras instituciones estatales de especial significación en el diseño del Estado autonómico. Se trata de una participación con un escaso margen de incidencia que se limita en el artículo 180 EAC a una participación en los procesos de designación de miembros del Tribunal Constitucional y del Consejo General del Poder Judicial. Esta previsión genérica remite para su configuración a las leyes estatales. En la Sentencia objeto de análisis, el Tribunal Constitucional ha considerado que el carácter genérico de la previsión y el hecho de que se limite a expresar una voluntad de colaboración en las procesos de designación de los miembros de instituciones que tienen asignadas importantes funciones consti-

tucionales en la estructura del Estado, hace que no sea constitucionalmente objetable, si bien ha determinado que la previsión estatutaria no puede ser impuesta al legislador estatal, que puede hacerla efectiva o no (FJ 113).² No era esta la interpretación que había hecho la doctrina, que entendía que del texto estatutario derivaba directamente un mandato de previsión de una participación de la Generalitat que no podía ser cuestionada por el legislador orgánico que puede mediante sus propias leyes autovincularse.³ La interpretación que ha hecho el Tribunal Constitucional olvida el papel de los Estatutos de Autonomía y la función constitucional que estos tienen asignada, convirtiendo estas previsiones en una norma meramente programática.

La otra categoría de instrumentos de relación con el Estado es la participación de la Generalitat en la adopción de las políticas estatales. También en este ámbito son escasas las previsiones del texto constitucional y las que incorporaba la regulación estatutaria anterior y, en muchos casos, las escasas previsiones no se han hecho efectivas. Como ejemplos, es suficiente recordar la previsión constitucional recogida en el artículo 131 referida a la participación de las Comunidades Autónomas en el diseño de la planificación autonómica o la previsión establecida en el artículo 53 del EAC del año 1979 referida a la designación de representantes de la Generalitat en los organismos económicos, instituciones financieras y empresas públicas del Estado.

Dentro de los instrumentos de participación de la Generalitat en la adopción de políticas, cabe distinguir entre la participación en órganos estatales y la participación en el ejercicio de las competencias estatales. El artículo 182 EAC ha previsto la participación en relación con organismos financieros, económicos, energéticos, reguladores, empresas públicas y órganos constitucionales o de control.⁴ El Tribunal Constitucional reafirma nuevamente su posición al manifestar que solo al legislador estatal corresponde determinar si es necesaria y cómo se

2. En el caso del Tribunal Constitucional ya se ha llevado a cabo el despliegue mediante la modificación de la LOTC y del Reglamento del Senado y sobre las dos previsiones ha tenido ya ocasión de pronunciarse en la STC 49/2008, de 9 de abril y STC 101/2008, de 24 de julio. En estas sentencias el Tribunal Constitucional ha hecho una interpretación muy restrictiva de la participación de las Comunidades Autónomas, ya que no les reconoce carácter vinculante, circunstancia que en gran parte desvirtúa la voluntad de incorporar en esta institución constitucional la participación autonómica.

3. Albertí, E. «La participació de les comunitats autònomes en institucions de l'Estat en els nous estatuts d'autonomia», en *Activitat Parlamentària*, n.º 15, 2008, pag. 41 y ss.

4. La extensa lista del artículo 182 no acota todas las previsiones estatutarias de participación de la Generalitat en órganos estatales puesto que encontramos otras previsiones referidas a la participación de la Generalidad en la regulación de ámbitos competenciales concretos y, en concreto, en los artículos 134, 140.2, 171.b y 198.

debe articular esta participación orgánica, pero, en este caso, va más allá y le recuerda que al hacerlo debe recordar que la titularidad de la competencia ha sido atribuida al Estado y de esta se deriva necesariamente que el ejercicio ha de corresponder a órganos estatales. Así pues, el Tribunal Constitucional afirma que en ningún caso se puede integrar la participación en órganos decisorios y solo se puede manifestar en órganos de carácter consultivo (FJ 111).

El Tribunal Constitucional rechaza la pretensión estatutaria de vinculación al legislador estatal con la previsión expresa y al mismo tiempo abierta de que la Generalitat designe o participe en los procesos de decisión, como en el caso de las instituciones, y a pesar de los argumentos favorables a la constitucionalidad de estas previsiones, el carácter vinculante no es admitido por el Tribunal Constitucional, que en el FJ 114 olvida el papel constitucional de los Estatutos de Autonomía, para afirmar la libertad del legislador estatal –limitada solo por la doctrina del Tribunal Constitucional que impide que se articule en órganos de carácter decisorio– para determinar el alcance de la participación e incluso para hacerla efectiva, de manera que vacía de contenido la previsión de esta participación en el texto estatutario que pasa a depender de la voluntad política y no de la concepción del Estado autonómico, y niega una práctica ya prevista en diversas normas.

Si nos referimos a la participación en el ejercicio de las competencias estatales, la articulación estatutaria de esta participación es muy compleja dado que prevé instrumentos muy diversos. El primero de los instrumentos tiene un carácter multilateral y genérico y lo encontramos en el artículo 181 en relación con la participación de la Generalitat en la elaboración de las decisiones estatales que afectan a la ordenación general de la actividad económica en el marco del artículo 131 CE. Este ámbito de participación no ha sido cuestionado por los recurrentes.

Otro instrumento es la previsión de una auténtica competencia de participación en algunas de las competencias estatales. En diversos preceptos del título IV, encontramos previsiones de participación de la Generalitat en ámbitos de competencia del Estado que se justifican en la estructura estatal y, especialmente, en la afectación de intereses específicos de la Generalitat. La tipología de estos instrumentos de relación es diversa y responde a posiciones diversas de la Generalitat en relación con los diferentes ámbitos competenciales. Cuando estamos ante ámbitos de competencia estatal que afectan a la esfera de intereses autonómicos se introducen previsiones genéricas y, cuando se trata de supuestos en que el ejercicio por el Estado de su competencia afecta una competencia autonómica se concreta el instrumento mediante el cual se llevará a cabo. Entre es-

tas concretas previsiones encontramos: el acuerdo previo, el informe preceptivo, la deliberación de la Comisión Bilateral⁵, el informe potestativo, el informe determinante y, en ocasiones, la participación en la gestión⁶.

Estos instrumentos en ningún caso trasladan la capacidad de decisión, que sigue correspondiendo al Estado, pero en la mayoría de los casos prevén la participación de la Generalitat en el proceso de adopción de la decisión, sin que esta circunstancia comporte que se vea alterada la titularidad de la competencia. Titularidad de la competencia estatal que tampoco resulta afectada en los escasos supuestos en que el EAC ha establecido que el informe tenga carácter determinante, ya que esta calificación solo comporta, de acuerdo con las previsiones de la Disposición adicional segunda, que si el Gobierno del Estado no recoge la posición de la Generalitat ha de justificarlo ante la Comisión Bilateral. En consecuencia, como reconoce el Tribunal Constitucional en el FJ 117, esta posición de la Generalitat no equivale a una posición vinculante y, por lo tanto, se ajusta al marco competencial.

A pesar de la novedad que comporta la previsión en el texto estatutario de estos instrumentos de participación, lo cierto es que la legislación recogía ya supuestos de participación de las Comunidades Autónomas en procedimientos de titularidad estatal y a la inversa, normalmente mediante la emisión de informes preceptivos. Esta participación ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional como un mecanismo válido para resolver supuestos en los que concurren diversas competencias en un mismo ámbito competencial (entre otras, STC 164/2001, de 11 de julio).

5. El EAC prevé los supuestos siguientes: el acuerdo previo (artículo 127.3 en materia de inversiones culturales), el informe preceptivo de la Comisión Bilateral Generalitat-Estado (artículo 149.2 en materia de espacios naturales de protección especial), la deliberación de la Comisión Bilateral e informe preceptivo (artículo 141.2 en materia de juego y apuestas), el informe preceptivo (artículo 117.4 en materia de cuencas hidrográficas, artículo 133.2 en materia de instalaciones de energía, artículo 140.3 en materia de infraestructuras de interés general, artículo 148.2 en materia de obras públicas de interés general, artículo 169.2 en el ámbito de los transportes), el informe potestativo (artículo 168.2 en relación con los indultos), participación en la gestión (artículo 140.3 en el ámbito de las infraestructuras).

6. Estas previsiones no agotan los instrumentos de participación de la Generalitat en las políticas estatales. Una mención específica requieren las previsiones del artículo 114 EAC, que al regular la actividad de fomento prevé, en su apartado 5, que la Generalitat participa en la determinación del carácter no territorializable de las subvenciones a fondo estatales o de la Unión Europea. Este precepto incorpora al texto estatutario las previsiones de la doctrina del Tribunal Constitucional, entre otras la STC 13/1992, de 6 de febrero. El Tribunal Constitucional considera que esta participación está vinculada a competencias de gestión de la Generalitat y además determina que es adecuada al marco constitucional, dado que se formula en abstracto de manera que no altera la capacidad del Estado para determinar la fórmula de participación y, olvidando que visto el carácter asimétrico del sistema de distribución de competencias también puede producirse en supuestos en que la plena efectividad de las medidas haga imprescindible una gestión centralizada, señala el Tribunal Constitucional que el alcance de la participación debe afectar a todas las Comunidades Autónomas.

La otra característica de esta competencia de participación es que se prevé como obligatoria y no voluntaria por el Estado. Es decir, por ejemplo, en aquellos casos en que deriva el instrumento concreto de participación del mismo EAC, el Estado debe adoptar esta decisión siguiendo el procedimiento participativo previsto.

El Tribunal Constitucional dedica diversos fundamentos jurídicos a establecer su doctrina sobre los límites que se imponen a estos instrumentos de participación de la Generalitat en las competencias del Estado previstos en el EAC. Esta doctrina la podríamos sintetizar en los apartados siguientes:

1. Establecida en términos abstractos y con remisión al legislador estatal, esta previsión es admisible y el EAC es un instrumento adecuado para efectuarla.

2. Estos instrumentos se justifican no sólo en el sistema de distribución de competencias sino también en la defensa de los intereses propios de la Comunidad Autónoma o, incluso, en la especial trascendencia que para Cataluña tenga la actuación estatal (entre otros, FJ 65 y 83).

3. Hay límites en la configuración que puede efectuar el Estado, que varían en función de la naturaleza de la competencia estatal sobre la que se proyecta.

4. No admite que las fórmulas de participación de la Generalitat se vean condicionadas por la previsión de reciprocidad y, en este sentido, incorpora los argumentos expuestos en la STC 132/1998, de 18 de junio.

La doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en esta Sentencia distingue sobre la base del sistema de distribución de competencias, de manera que:

1. En los casos en que afecte a una competencia exclusiva del Estado y esta no sea concurrente con otros títulos competenciales que corresponden a la Generalitat, entiende el Tribunal Constitucional que solo es posible prever la participación de la Generalitat en el ejercicio de la competencia estatal mediante transferencia o delegación de competencias estatales (FJ 85).

2. En casos de competencia compartida, la previsión en el EAC de fórmulas de participación que se articulen como instrumentos de cooperación entre ambas Administraciones en el ejercicio de sus respectivas competencias, es admisible siempre que no alteren la competencia estatal, porque se limitan a prever en el procedimiento estatal de decisión la inter-

vención consultiva de la Generalitat, que se proyecta en diversos sistemas, como por ejemplo mediante la emisión de un informe previo, que puede ser preceptivo pero no vinculante (FJ 79). Si bien puntualiza que este informe preceptivo debe limitarse al ámbito de competencias de la Generalitat y sobre la influencia que en este ámbito pueda tener el ejercicio de las competencias estatales.

Si en estos casos la participación se articula mediante la colaboración de la Generalitat en los órganos estatales, el legislador estatal es el competente para concretar, con absoluta libertad, la fórmula de participación, su alcance y articulación, que en todo caso tiene carácter voluntario, de manera que no puede serle impuesta (FJ 101).

3. En aquellos casos en que se da un ámbito de concurrencia competencial en un mismo espacio físico, el Tribunal Constitucional admite que el EAC prevea la participación de la Generalitat en órganos estatales pero entiende que esta participación no puede darse en órganos de carácter decisorio, y además, de nuevo considera que esta fórmula de participación se basa, como en el caso de participación en instituciones y en órganos estatales a que ya nos hemos referido, en la voluntariedad del legislador estatal (FJ 111).

4. Finalmente, en casos en que, como la cultura, el Tribunal Constitucional (FJ 73) ha definido la competencia como concurrente, la necesidad de un acuerdo entre el Estado y la Generalitat para determinar las inversiones del Estado en Cataluña en bienes y equipamientos culturales, entiende el Tribunal Constitucional que la previsión estatutaria es un llamamiento a la colaboración pero que, en ningún caso, se puede interpretar como límite a la competencia estatal, de manera que el Estado para actuar necesite del acuerdo de la Generalitat. En definitiva, recoge la Sentencia el argumento del abogado del Estado que entiende que esta previsión no se puede interpretar como un desplazamiento de la competencia decisoria del Estado.

La posición del Tribunal Constitucional en relación con los mecanismos de participación orgánica y funcional previstos en el EAC comporta que la finalidad pretendida con la inclusión de estos instrumentos quede totalmente desactivada. Efectivamente, de poco sirve su previsión si esta no condiciona al legislador y a los órganos estatales de manera que puedan voluntariamente prever o no los instrumentos que el EAC recoge. En este sentido, trasladamos a este ámbito la crítica a la Sentencia recogida al analizar la participación de la Generalitat en instituciones y organismos.

A esta situación se añade un elemento de no menor trascendencia referido a los límites que la Sentencia impone al EAC y al legislador estatal. En los supuestos en que el EAC prevé la participación de la Generalitat en la gestión, el Tribunal Constitucional no ha admitido otra forma de participación que la que se lleve a cabo mediante las fórmulas de transferencia o delegación constitucionalmente previstas. Así, el Tribunal Constitucional no niega validez a la posibilidad de que la participación de la Generalitat en la gestión en organismos se articule mediante normas estatales, pero cuestiona la posibilidad de un órgano de gestión con presencia de representantes autonómicos cuando esta se articula en instrumentos de cooperación voluntaria. Por lo tanto, el Tribunal Constitucional traslada a estos supuestos la doctrina referida a la gestión conjunta en materia de parques naturales dictada entre otras en la STC 194/2004, de 4 de noviembre. El Tribunal Constitucional afirma en aquella Sentencia que la gestión conjunta solo sería conforme si se integrara dentro de la competencia estatal básica o respondiera a los principios constitucionales de coordinación y cooperación. En la Sentencia 194/2004, el Tribunal Constitucional delimitaba el concepto material y formal de las bases y señalaba las características de la coordinación como potestad estatal derivada del sistema de distribución de competencias, para pasar después a determinar el alcance constitucional del principio de cooperación (FJ 9). En ese fundamento jurídico se recogían las notas características de la cooperación, que han sido también incorporadas en diversos fundamentos jurídicos de la Sentencia objeto de análisis: la voluntariedad, la no alteración de las competencias, y la posibilidad de articularse en la participación en órganos o en el procedimiento de decisión, y, finalmente, la falta de habilitación para el ejercicio de competencias ajenas. Pero cuando la STC 194/2004 proyectaba estos principios sobre la gestión conjunta llegaba a la conclusión de que cuando esta fórmula de gestión se encuentra prevista en la norma no se da la nota de voluntariedad y que, además, tampoco se dan las características de cooperación que permiten la intervención en la gestión de poderes públicos que no tienen atribuidas directamente competencias de gestión (FJ 13). El TC mantuvo esta doctrina en la STC 32/2006, de 1 de febrero, si bien en esta última incorpora un elemento que de nuevo expone en la Sentencia referida al EAC, ya que entiende que la participación en órganos se puede considerar constitucionalmente ajustada cuando únicamente se articula en órganos sin facultades decisorias (FJ 8).

En la Sentencia referida al EAC, el Tribunal Constitucional proyecta esta doctrina en las formulas de participación en la gestión de las competencias estatales que el EAC prevé, pero al hacerlo olvida que el análisis de las caracterís-

ticas de las fórmulas de cooperación dictadas en aquellas sentencias partía de regulaciones formuladas por el Estado en normas amparadas en un título competencial básico, situación que nada tiene que ver con la previsión de fórmulas amplias de participación que derivan, no de una norma estatal básica, sino del mismo texto del Estatuto de Autonomía. No es necesario destacar de nuevo en este artículo la peculiar naturaleza de los Estatutos de Autonomía en el sistema de fuentes ni tampoco referirnos a las características del procedimiento de aprobación de este, en que como sabemos, concurren diferentes voluntades, para afirmar que resulta muy cuestionable la opción del Tribunal Constitucional de trasladar esta doctrina a las fórmulas de participación y colaboración que derivan del texto estatutario.

LAS RELACIONES DE LA GENERALITAT CON LA UNIÓN EUROPEA

Andreu Olesti Rayo*

La primera percepción que se tiene al leer la Sentencia del Tribunal Constitucional en el apartado relativo a las relaciones de la Generalitat con la Unión Europea es la de encontrarse en presencia de un recurso que se fundamenta en apreciaciones y motivaciones que parecían ya superadas por la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Es decir, que la argumentación que sustenta la demanda del grupo de diputados del Partido Popular se justifica en razonamientos que aparentemente ya habían sido olvidados por la misma interpretación del Tribunal Constitucional. En principio, el Estatuto se limitaba, en este ámbito, a formalizar en el texto estatutario la práctica desarrollada por el Estado y la Generalitat, al coordinar sus relaciones con la Unión Europea, y que había sido declarada constitucional por decisiones jurisprudenciales anteriores. Este capítulo llenaba un vacío que tenía el Estatuto del año 1979, que omitía la referencia a disposiciones que reglamentaran la participación de la Generalitat en la Unión Europea (previsible, ya que la adhesión se produjo siete años después), y especialmente en los aspectos que se refieren a la creación, aplicación y control de la aplicación del derecho de la Unión Europea. Es como si los demandantes, al formular su reclamación, no hubieran tenido en cuenta la jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional, ni la práctica de los últimos veinte años desarrollada por el Estado y la Generalitat a la hora de afrontar sus relaciones con la Unión Europea, y fundamentaran sus alegaciones como si la consolidada práctica de colaboración y coordinación en este ámbito y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no se hubiera producido nunca. Y eso es así, cuando los criterios de impugnación han sido aplicados de manera heterogénea: preceptos estatutarios que han sido objetados al Estatuto catalán y reproducidos literalmente en otros estatutos de autonomía no han comportado la interposición de un recurso de inconstitucionalidad en esos otros estatutos. El contenido literal de un precepto mueve a su impugnación si se encuentra incluido en el EAC, mientras que la misma disposición insertada en otro estatuto de autonomía no motiva ninguna objeción. Lo que es susceptible de ser impugnado como inconstitucional en un estatuto no lo es en otros.

* Andreu Olesti Rayo, catedrático de derecho internacional público (derecho comunitario europeo) de la Universidad de Barcelona.

Procedemos a continuación a precisar más detalladamente cada una de las disposiciones que ha sido objeto de impugnación en el capítulo relativo a las relaciones entre la Generalitat y la Unión Europea. En primer lugar, la disposición general del artículo 184 EAC, que informa todo el capítulo, expresa que la Generalitat participa en los asuntos relacionados con la Unión Europea que afecten a las competencias o los intereses de Cataluña, en los términos que establecen el propio Estatuto y la legislación del Estado. Este precepto fue impugnado por contemplar de forma excesivamente amplia la participación de la Generalitat en los asuntos relacionados con la Unión Europea. El Estatuto utilizaba como criterio de conexión, según los demandantes, la expresión «intereses de Cataluña» como un criterio suplementario, y más amplio, al criterio de las competencias atribuidas y que desbordaba el marco constitucional; sin precisar en qué consistía este supuesto desbordamiento y qué precepto constitucional sería el desbordado e ignorando la propia jurisprudencia constitucional que, desde los años ochenta, ya había declarado la interrelación entre el ámbito competencial y los intereses de las Comunidades Autónomas.

Este criterio de conexión, que supuestamente iba más allá del marco constitucional, lo encontramos redactado en los mismos términos en el artículo 106 del Estatuto de las Islas Baleares, el artículo 92 del Estatuto de Aragón o el artículo 61 del Estatuto de Castilla y León, que también mencionan los intereses de las respectivas Comunidades Autónomas como criterios para participar en los asuntos relacionados con la Unión Europea. Sin que en estos casos se hubiera iniciado ninguna acción para declararlos inconstitucionales.

El artículo 185.1 EAC, que declara que la Generalitat tiene que ser informada por el Gobierno del Estado de las iniciativas de revisión de los Tratados de la Unión Europea, es impugnado basándose en que atribuye a la Generalitat un derecho de información, con carácter imperativo, sin establecer un vínculo de conexión con sus competencias e incidiendo en «la formación de la voluntad del Estado en las relaciones internacionales, con infracción de los artículos 149.1.3 y 93 y siguientes de la Constitución» (antecedente 108). Los actores nos trasladan un planteamiento del concepto de relaciones internacionales muy restrictivo, que fue abandonado por el Tribunal Constitucional a finales de la década de los años ochenta. Esta aproximación a la noción de relaciones internacionales, competencia exclusiva del Estado, nos enseña la concepción de la estructura autonómica que tienen los diputados que impugnan la disposición, al dar una interpretación muy amplia de la competencia estatal en los ámbitos de las relaciones internacionales. La participación de la Generalitat prevista en esta disposición no condiciona el núcleo duro de las actuaciones estatales que

configuran el poder en las relaciones exteriores, incluyendo entre estas el *ius ad tractatum*, que no se ve alterado por el precepto estatutario. El Tribunal no puede menos que rechazar la alegación y recordarles que las Comunidades Autónomas tienen algunas facultades en el procedimiento de elaboración de los tratados internacionales siempre que no cuestionen las competencias estatales en la celebración y formalización del acuerdo internacional (FJ 119).

La participación de la Generalitat en la formación de las posiciones del Estado también ha sido contestada. Todos los apartados del artículo 186 EAC son objetados reiteradamente: la participación de la Generalitat en la formación de las posiciones del Estado delante de la Unión Europea es impugnada esencialmente porque se establece que la Generalitat participará en los términos que prevé el Estatuto y la legislación sobre la materia, pero se omite que esta legislación «será estatal y de general y multilateral aplicación» (antecedente 109). También se contesta porque en los asuntos europeos que le afecten exclusivamente el Estatuto dice que la Generalitat participa de manera bilateral (si no fuera el caso, la participación, expresamente, se declara que será en procedimientos multilaterales). No están de acuerdo los diputados objetantes en que la Generalitat sea determinante en la formación de la posición española, si afecta a sus competencias exclusivas o la propuesta comunitaria puede tener competencias financieras o administrativas especialmente relevantes para la Generalitat; en caso contrario, su posición será escuchada. Finalmente, fue impugnada la obligación de informar a la Generalitat, de manera completa y actualizada, sobre las iniciativas y las propuestas presentadas ante la Unión Europea, porque es «un deber estatal incompatible con la competencia del Estado para la regulación con carácter general de sus actuaciones delante de la Unión Europea» (antecedente 109). En todos los casos ha sido denegada por el Tribunal Constitucional la pretensión de los demandantes.

Se impugnan también las disposiciones relativas a la participación de la Generalitat en las instituciones y organismos de la Unión Europea, contenidas en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 187 EAC, en las cuales se describen los mecanismos de participación de la Generalitat en las delegaciones españolas ante la Unión Europea que traten asuntos de la competencia legislativa de la Generalitat; mecanismos que ya se aplican actualmente. La razón esgrimida por los recurrentes es que el Estatuto no es la sede pertinente para incluir estas previsiones, y además que con estas disposiciones «se genera una notable asimetría entre las Comunidades Autónomas» (antecedente 110). El Tribunal rechaza los argumentos y no detecta ningún problema en que se recojan en el Estatuto las previsiones generales sobre la participación de Cataluña dentro de las delegaciones estatales y las instituciones europeas.

La ausencia de remisión específica a la legislación estatal ha sido un motivo recurrente de los actores para sostener su recurso. Olvidándose de la disposición general, el artículo 184 EAC que remite específicamente a la legislación estatal, los diputados recurrentes han considerado que la supuesta omisión de la legislación estatal era suficiente para justificar la impugnación de la participación del Parlamento en el control del principio de subsidiariedad y proporcionalidad cuando las propuestas legislativas de la Unión Europea afectaran a las competencias de la Generalitat (artículo 188 EAC).

La disposición que regula el desarrollo y la aplicación del derecho de la Unión Europea ha sido objetada en lo que se refiere a la obligación del Estado de consultar a la Generalitat cuando la adopción de medidas internas tuviera un carácter supraautonómico y no se pudieran adoptar las medidas por los mecanismos de colaboración y coordinación entre las Comunidades Autónomas; imponiendo la participación de la Generalitat en los órganos que adopten estos actos, y si no fuera posible, exigiendo un informe previo (189.2 EAC); los recurrentes estimaban que las exigencias condicionaban indebidamente el ejercicio de las competencias del Estado. Asimismo, se impugna el apartado tercero de la misma disposición, que prevé que cuando la Unión Europea establezca una legislación que sustituya la normativa básica del Estado, la Generalitat podrá adoptar la legislación que desarrolle las normas comunitarias, al considerar los actores que tal disposición limita «la capacidad del Estado para dictar legislación básica y atribuye a la Generalitat la facultad de determinar cuándo una norma europea agota la competencia del Estado sobre las bases de una materia» (antecedente 112). En principio, estos dos preceptos refutados no dejan de ser la expresión de la sólida jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que declara compatible con la Constitución que la Generalitat adopte legislación de desarrollo a partir de las normas europeas, cuando esta sustituya a la normativa básica del Estado. Ahora bien, el Tribunal, poniéndose la venda antes de la herida, nos recuerda que a pesar de que sea posible una legislación de desarrollo autonómica a partir de una normativa europea que sustituya a la estatal en una materia concreta, la competencia estatal de adoptar la legislación de base continúa existiendo (FJ 124).

La impugnación del artículo 191.1 es especialmente sorprendente, ya que este precepto prevé que la Generalitat tenga acceso al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en los términos que establezca la normativa europea (previsión que se corresponde literalmente con el artículo 95.1 del Estatuto de Aragón, que en los mismos términos que el EAC, también reclama la misma legitimación delante del TJUE). La posición de los diputados se fundamenta en el

hecho de que el Estatuto está imponiendo una regla procedimental que sustituye a una decisión que le corresponde tomar a la Unión Europea que, según los recurrentes, «no contempla la legitimación activa de entes estatales o divisiones administrativas que no sean el propio Estado» (antecedente 113). Dejando de lado la relatividad de la afirmación de los impugnantes que aparentan desconocer la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, lo cierto es que el precepto del Estatuto remite clara y específicamente a la normativa comunitaria.

En definitiva, los demandantes objetaron todos los preceptos de este capítulo (salvo el artículo 190 sobre la gestión de fondos europeos y el artículo 192 relativo a la posibilidad de establecer una delegación de la Generalitat para defender mejor sus intereses ante la Unión Europea), apoyándose en una argumentación jurídica que no tenía en cuenta la jurisprudencia constitucional desde principios de los años noventa, que ignoraba la práctica desarrollada por la Generalitat, el resto de Comunidades Autónomas y el Estado en la materia y que estaba anclada en una aproximación a las relaciones entre Cataluña y la Unión Europea más propia de planteamientos previos al Estado de las autonomías.

LA ACCIÓN EXTERIOR DE LA GENERALITAT EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE CATALUÑA

Xavier Pons Ràfols*

1.

Aunque ninguno de los ocho artículos del capítulo III («Acción exterior de la Generalitat») del título V del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC) haya sido declarado inconstitucional ni haya sido objeto de interpretación de conformidad por parte del Tribunal Constitucional, existen dos razones de base que hacen conveniente el comentario sobre las disposiciones relativas a la acción exterior a la luz de la STC: de un lado, por el análisis de los fundamentos jurídicos que el Tribunal Constitucional utiliza para rechazar las tachas de inconstitucionalidad planteadas en el recurso del Partido Popular contra cuatro de estos artículos; de otro lado, por lo que significa de reiteración de una línea jurisprudencial que, si bien en algunos aspectos resulta meridianamente clara y consolidada, en otros aspectos sigue manteniéndose en una calculada y confusa ambigüedad. Para abordar este breve y urgente comentario, me voy a ocupar de los –a mi juicio– elementos esenciales de las fundamentaciones jurídicas de la STC en relación con las impugnaciones –que rechaza– de los arts. 195, 198, 199 y 200 del EAC. Me referiré, así, en primer lugar, a la pertinencia de la sede normativa estatutaria para regular la acción exterior de la Comunidad Autónoma y al alcance de la competencia sobre las relaciones internacionales establecido en el art. 149.1.3 CE. En segundo lugar, abordaré los taxativos argumentos del Tribunal Constitucional para rechazar las impugnaciones a estos cuatro artículos del EAC, que reiteran claramente una jurisprudencia consolidada. Por último, me referiré a aquellos aspectos que siguen permaneciendo más imprecisos, como la consideración sobre los intereses y/o competencias de Cataluña y la ausencia de clarificación sobre la naturaleza jurídica de los acuerdos de colaboración que puede suscribir la Generalitat.

* Xavier Pons Ràfols, catedrático de derecho internacional público de la Universitat de Barcelona.

2.

La primera consideración resulta por negativa y en contraste con otros aspectos de la STC en los que se declara la inconstitucionalidad de determinadas disposiciones sobre la base de la consideración de que el Estatuto no es la sede normativa pertinente para regular determinadas instituciones o materias. Siendo este uno de los argumentos transversales principales del conjunto de la STC, la manera en que el Tribunal Constitucional fundamenta su rechazo a las pretensiones de los diputados recurrentes en relación con las disposiciones sobre la acción exterior permite entender que considera plenamente pertinente el EAC como fuente normativa para regular la acción exterior de la Comunidad Autónoma. Entre otras razones porque, en primer lugar, y aunque de manera muy limitada, los Estatutos de la primera hornada estatutaria ya se ocupaban de algunos aspectos de la dimensión exterior; en segundo lugar, porque los nuevos Estatutos de la hornada más reciente se han ocupado y han desarrollado todos, con diferentes matices, la acción exterior de la respectiva Comunidad Autónoma; en tercer lugar, porque en esta dimensión lo verdaderamente relevante ha sido cómo en las últimas décadas se ha ido generalizando una práctica continuada por parte de las Comunidades Autónomas de ejercicio de una acción exterior, aún en ausencia de disposiciones estatutarias habilitantes; y, en cuarto lugar, porque se trata de una dimensión que debe entenderse intrínsecamente vinculada a la norma institucional básica de la Comunidad Autónoma, tanto en lo que se refiere a su aspecto propiamente institucional como a su aspecto normativo, por mucho que la dirección de la política exterior del Estado corresponda al Gobierno (art. 97 CE) y que al Estado corresponda la competencia exclusiva sobre las relaciones internacionales (art. 149.1.3 CE).

3.

La segunda consideración gira entorno, precisamente, del alcance de la exclusividad de la competencia estatal en relación con las relaciones internacionales. Reiterando jurisprudencia constitucional ya consolidada –aunque inicialmente fuera contradictoriamente restrictiva– y que tiene su eje fundamental en la STC 165/1994 de 26 de mayo, el Tribunal Constitucional formula un planteamiento previo a la fundamentación del rechazo a las diversas impugnaciones de inconstitucionalidad con la síntesis de la propia doctrina sobre la posibilidad de que las Comunidades Autónomas puedan llevar a cabo actividades que tengan

una proyección exterior y sobre el alcance de la competencia exclusiva del Estado en materia de relaciones internacionales (FJ 125). Planteamiento previo que podría considerarse innecesario por reiterativo y porque bastaba con rechazar las tachas de inconstitucionalidad alegadas, pero que resulta contundente y de alcance general en la afirmación de que las Comunidades Autónomas, como parte del ejercicio de sus competencias, pueden llevar a cabo actividades de proyección exterior, si bien con el límite de las reservas que la CE efectúa a favor del Estado. Igualmente, y sin pretender una descripción exhaustiva de estas reservas, el Tribunal Constitucional reitera que ha ido identificando algunos de los elementos que conforman el contenido esencial del art. 149.1.3 CE, como los relativos a la celebración de tratados internacionales, a la representación exterior del Estado, a la creación de obligaciones internacionales y a la responsabilidad internacional del Estado; además de la consideración de que las actividades de proyección exterior de las Comunidades Autónomas no pueden incidir en la política exterior del Estado y que, por tanto, dentro de la competencia estatal se sitúa la posibilidad de establecer medidas que regulen y coordinen dichas actividades para evitar o remediar eventuales perjuicios sobre la dirección y puesta en ejecución de la política exterior, que corresponde en exclusiva al Estado (FJ 125, *in fine*). Es decir, se reitera algo plenamente consolidado en la jurisprudencia constitucional pero que permite insistir en la competencia estatal de regular y coordinar las actividades con proyección externa de las Comunidades Autónomas.

4.

Establecidas estas primeras consideraciones y por lo que se refiere, específicamente, a las consideraciones del Tribunal Constitucional para rechazar las impugnaciones a los artículos afectados debe indicarse que destaca el carácter poco desarrollado de los argumentos del Tribunal. Se trata de una consideración que está presente en otras partes de la STC y que aquí se podría explicar por —como ya hemos dicho— el carácter consolidado de la jurisprudencia constitucional al respecto que, no obstante, el Tribunal Constitucional se ocupa de reiterar. Pero se trata también de una lectura en la que, para rechazar las tachas de inconstitucionalidad de artículos formulados en términos genéricos, se insiste reiteradamente tanto en la competencia de coordinación del Estado sobre las actividades de proyección exterior de las Comunidades Autónoma como en la supeditación a la normativa que pueda dictar el Estado en el ejercicio de la com-

petencia que le reserva el art. 149.1.3 CE. No habiéndose cuestionado por el EAC estos aspectos y no habiéndose desarrollado aún legislativamente la facultad estatal del art. 149.1.3 CE, estas referencias desprenden un cierto nivel de desconfianza y esa naturaleza o carácter preventivo que algunos comentaristas ya han afirmado en relación con la STC que nos ocupa.

5.

La consideración más contundente, reprochando a los diputados recurrentes la clamorosa ausencia de una más fundada argumentación jurídica, es la que realiza el Tribunal Constitucional en relación con la impugnación del art. 199 EAC, que prevé el impulso y la coordinación de las acciones exteriores de los entes locales y de otros organismos y entes públicos de Cataluña. El Tribunal Constitucional se limita a desestimar la tacha de inconstitucionalidad y la presunta vulneración de la autonomía local indicando simplemente que el precepto en cuestión, in fine, ya establece la correspondiente previsión de salvaguardia al prever que la Generalitat llevará a cabo este impulso y coordinación «sin perjuicio de la autonomía que tengan» los entes locales y otros organismos y entes públicos de Cataluña (FJ 128).

6.

El Tribunal Constitucional ha dejado claro también que la Generalitat no se contempla en el texto estatutario como un sujeto de derecho internacional –como pretendían sostener los diputados recurrentes– con una misma argumentación de base que lleva a tres fundamentos jurídicos distintos. De un lado, cuando en la consideración previa que ya hemos señalado recuerda que «las relaciones internacionales objeto de la reserva contenida en el art. 149.1.3 CE son relaciones entre sujetos internacionales y regidas por el derecho internacional» (FJ 125). De otro lado, cuando de una manera taxativa –aunque sin mayores desarrollos– considera que el art. 198 EAC, que prevé la participación de la Generalitat en organismos internacionales, no es inconstitucional porque esta participación queda condicionada a lo que disponga la normativa correspondiente, tanto del organismo internacional de que se trate como la que pueda dictar el Estado; por lo que no puede considerarse que se atribuya a la Generalitat la condición de sujeto de derecho internacional como señalaban los recurrentes, ya

que se trata ésta de una cualidad que –reitera el TC– «no cabe predicar de los entes territoriales dotados de autonomía política» (FJ 127). Por último, cuando el Tribunal Constitucional rechaza la impugnación del inciso final del art. 200 EAC –que establece que la Generalitat debe promover la proyección internacional de las organizaciones de Cataluña y «si procede, su afiliación a las entidades afines de ámbito internacional»– lo hace considerando que la expresión «si procede» resulta indicativa de que esta promoción de la afiliación está supeditada a lo que se disponga tanto en la normativa reguladora de la entidades de ámbito internacional como a la que pueda dictar el Estado en el ejercicio de la competencia que le reserva el art. 149.1.3 CE, y que, por tanto, esta actividad promocional debe llevarse a cabo «sin menoscabar la representación española en el seno de dichas organizaciones» y no significa en modo alguno reconocer a la Comunidad Autónoma como un sujeto de derecho internacional, algo que está vedado en este precepto constitucional (FJ 129).

7.

Por último, existen otros aspectos que, a mi juicio, siguen resultando imprecisos y sobre los que el Tribunal Constitucional ha obviado pronunciarse, bien porque no han sido impugnados, bien porque el Tribunal ha hecho una opción pragmática, aún a riesgo de futuros conflictos jurídicos. Me refiero, de un lado, a un aspecto que entiendo de cierto alcance y que es el relativo a los «intereses o competencias» de Cataluña. Aunque el Tribunal Constitucional, al rechazar la impugnación del art. 184 EAC, que contiene la disposición general sobre las relaciones de la Generalitat con la Unión Europea, reitera que ha vinculado las «naciones de intereses y competencias de las Comunidades Autónomas, al enmarcar aquéllos las competencias y definir éstas, a su vez, los intereses» (FJ 118), no es menos cierto que el art. 193 EAC –que contiene las disposiciones generales sobre la acción exterior y que, como digo, no ha sido objeto de impugnación– recoge en sus dos apartados una doble dimensión de fundamentación de la acción exterior de la Generalitat: de un lado, que la Generalitat debe impulsar la proyección exterior de Cataluña en el exterior «y promover sus intereses en este ámbito respetando la competencia del Estado en materia de relaciones exteriores»; y, de otro lado, que la Generalitat tiene capacidad para llevar a cabo «acciones con proyección exterior que se deriven directamente de sus competencias, bien de forma directa o a través de los órganos de la Administración General del Estado». A mi juicio, y de conformidad con lo dispuesto en este

art. 193, la acción exterior de la Generalitat va más allá del simple ejercicio de la dimensión exterior de las competencias atribuidas, en la medida en que también comprende la proyección exterior de Cataluña y la promoción de sus intereses en todos los ámbitos, tanto políticos como económicos o culturales, respetando, eso sí, la competencia del Estado en materia de relaciones exteriores.

8.

Otra cuestión distinta es que el art. 195 EAC establezca que la Generalitat, «para la promoción de los intereses de Cataluña, puede suscribir acuerdos de colaboración en el ámbito de sus competencias» lo que, a juicio del Tribunal Constitucional, permite afirmar claramente que este artículo no traspasa los límites de la reserva estatal porque la facultad que se reconoce a la Generalitat se circunscribe al ámbito de competencias de la Comunidad Autónoma y para la promoción de sus intereses; y, por tanto, debe rechazarse y se rechaza la impugnación presentada por no afectar al *ius contrahendi* que corresponde al Estado. En efecto, el Tribunal Constitucional considera que la facultad de suscribir acuerdos de colaboración, contemplada en el art. 195 EAC, en modo alguno implica el ejercicio de un *ius contrahendi*, ni origina obligaciones frente a poderes públicos extranjeros, ni incide en la política exterior del Estado, ni genera responsabilidad de este, ya que estos son ámbitos reservados al Estado *ex art. 149.1.3 CE (FJ 126)*. Pero haciendo esta afirmación sigue sin quedar precisada la naturaleza jurídica que puedan tener estos acuerdos de colaboración, auténticos «acuerdos exteriores de las Comunidades Autónomas» y que, en algún Estatuto, se califican, de una manera harto confusa, como «acuerdos no normativos». Además, al rechazar la impugnación del art. 195 EAC, el Tribunal formula otra consideración relacionada con el inciso final de este artículo que recoge una medida de cooperación de los órganos de representación exterior del Estado con las iniciativas de la Generalitat para la suscripción de los acuerdos de colaboración. Este inciso permite que el Tribunal encaje esta disposición estatutaria con la reserva de la coordinación por el Estado de las actividades con proyección exterior de la Comunidad Autónoma.

9.

En definitiva, aunque no sea de la mejor manera posible, la STC avala la constitucionalidad de la acción exterior de la Generalitat –y por extensión, de las Co-

munidades Autónomas—, respecto de la cual el EAC lleva a cabo, a mi entender, una triple operación relevante: de consolidación de una práctica generalizada, de reconocimiento legal a nivel estatutario y de apertura de nuevas posibilidades y opciones que, por la propia naturaleza de las cosas y de la práctica política, podrán evolucionar, en términos de cooperación y coordinación con el Estado, y deberán llevarse a cabo bajo el respeto del principio básico de la lealtad institucional mutua, que garantice, al mismo tiempo, la unidad de la acción exterior del Estado y el respeto de las competencias de las Comunidades Autónomas.

13. LA FINANCIACIÓN

La financiación de la Generalitat (Sentencia 31/2010, de 28 de junio) (423-428)

Lluís M. Alonso González

Sobre la constitucionalidad de determinados preceptos del Estatuto de Autonomía de Cataluña relativos a la financiación autonómica y local (429-434)

M. Dolores Arias Abellán

Efectos de la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el modelo de financiación de la Generalitat de Cataluña (435-437)

Núria Bosch i Roca y Maite Vilalta Ferrer

Reflexiones sobre la naturaleza jurídica de los compromisos de gasto previstos en la disposición adicional tercera del Estatuto a raíz de la Sentencia 31/2010 de 28 de junio (438-441)

José Antonio Fernández Amor

La financiación autonómica en la Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto catalán de 2006 (442-448)

Joan Pagès i Galtés

Inconstitucionalidad de las competencias relativas a la posibilidad de establecer y regular tributos locales propios (449-454)

Montserrat Peretó García

La financiación (455-459)

Pere Sol i Ordís

LA FINANCIACIÓN DE LA GENERALITAT (SENTENCIA 31/2010, DE 28 DE JUNIO)

Lluís M. Alonso González*

En los FFJJ 130 a 142 de la STC 31/2010 se enjuicia la constitucionalidad de numerosos preceptos del título VI del EAC. Analizar en términos estrictamente jurídicos esta parte de la Sentencia se convierte en una labor harto difícil dado que, al igual que sucede con buena parte de la misma, los condicionamientos de naturaleza extrajurídica han pesado enormemente en el fondo y en la forma que utiliza el Tribunal Constitucional para expresarse. El resultado, que a nadie parece haber satisfecho, es una sentencia sustentada hasta el exceso en el principio de conservación de la ley impugnada mediante el abuso de la doctrina de la interpretación conforme. Por otro lado, la lectura de los fundamentos jurídicos en cuestión revela que la capacidad dialéctica del Tribunal Constitucional ha sido, en este caso al menos, de una pobreza alarmante, máxime si se tiene presente la relevancia de la ley impugnada, el tiempo empleado en el proceso seguido y las lógicas expectativas que existían ante la posición del Tribunal. Bien mirado, la Sentencia 31/2010 es más bien corta –en la acepción que se prefiera tomar– porque destina solo 146 fundamentos jurídicos al examen de 126 preceptos, muchos de ellos de enorme calado jurídico, y desde luego significación política. Esta sensación de superficialidad planea, desde luego, en la parte de la Sentencia que analiza la regulación estatutaria de la financiación de la Generalitat y se hace evidente cuando se comprueba que el Tribunal Constitucional ha dejado al margen una parte sustancial de su propia jurisprudencia (SSTC 4/1981, 32/1983, 11/1984, 19/1987, 134/1987, 179/1987, 150/1990, 186/1993, 14/1998...) a la hora de resolver. A modo de ejemplo, citemos la absurda referencia a la «dimensión exclusivamente autoorganizadora» que atribuye a la previsión de que los órganos económico-administrativos autonómicos puedan revisar los actos de gestión tributaria dictados por la Agencia Tributaria de Cataluña (FJ 133), a la que recurre para salvar el art. 205 EAC, cuando, por un lado, en la STC 192/2000 ya se cerró el paso a similar pretensión planteada entonces por la Comunidad de Extremadura y, por otro lado, y definitivamente, esa posibilidad se encuentra

* Lluís M. Alonso González, catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Barcelona.

contemplada hoy en la LOFCA desde 2009 y en la más reciente Ley 16/2010, de 16 de julio, de cesión de tributos del Estado a Cataluña.

En orden cronológico, nos encontramos con que el FJ 130 resume lo que pueden considerarse las premisas básicas de la financiación autonómica en el Estado español. Se resalta la competencia exclusiva que en materia de Hacienda General corresponde al Estado (art. 149.1.14 CE), la atribución a ley orgánica estatal para regular las competencias financieras autonómicas (art. 157.3 CE) y se reafirma que la potestad originaria para establecer tributos corresponde al Estado (art. 133.1 CE). Resulta básico que, conforme a la jurisprudencia constitucional, la competencia en materia de Hacienda General comprende la regulación no solo de los tributos del Estado «sino también el marco general de todo el sistema tributario y la delimitación de las competencias financieras de las Comunidades Autónomas respecto de las del propio Estado» (STC 72/2003). A las Comunidades les reconoce el derecho a contar con su propia Hacienda conforme a los principios de autonomía financiera, coordinación y solidaridad (arts. 156.1 y 138.1 CE) junto con el de suficiencia. Precisamente, asegurar esa suficiencia de recursos justifica la actuación del Consejo de Política Fiscal y Financiera en tanto que órgano de carácter multilateral encargado de procurar la coordinación y la cooperación entre las partes integrantes del Estado autonómico (art. 149.1.14 CE).

En este pórtico hubiera podido añadirse el carácter indisponible que para las Comunidades Autónomas tiene la LOFCA y, por tanto, limitativo de las competencias financieras de las comunidades (SSTC 37/1992 y 68/1996). La LOFCA, en tanto que ley orgánica que hoy cumple la función que encomienda el art. 157.3 CE, se configura como el instrumento de delimitación de las competencias financieras estatales y autonómicas (STC 192/2000), instrumento, obviamente, de titularidad estatal en el que no debe verse una manifestación del principio de jerarquía sino, antes bien, de los principios de especialidad y competencia (STC 247/2007).

La simple existencia de un sólido cuerpo de doctrina constitucional en materia de financiación autonómica fruto de tres décadas de trabajo hacía prever que algunos preceptos del EAC iban a ser declarados inconstitucionales. Sin embargo, al decantarse abiertamente por un uso extensivo e intensivo de la doctrina interpretativa, el Tribunal Constitucional ha sustituido, en la mayoría de las ocasiones, la declaración de inconstitucionalidad por una interpretación de la norma impugnada que la permitiera permanecer en el ámbito de la constitucionalidad, aunque a ello se haya llegado, en no pocos casos, a costa de la letra y del espíritu de dicha norma. Por ello, en este título únicamente son declarados

inconstitucionales un inciso del art. 206.3 y otro del art. 218.2. Pero es que tampoco son tantas, en principio al menos, las llamadas a una interpretación constitucional de otros preceptos: el fallo, en este apartado, solamente se refiere al art. 206.5 y a los apartados 1 y 2, letras *a*, *b* y *d* del art. 210. Aun así, la lectura de la Sentencia permite apreciar que va a ser de imposible aplicación y desarrollo el Estatuto sin contar, como si de notas a pie de página de tratara, con los fundamentos jurídicos que otorgan un determinado sentido, el constitucional a fin de cuentas, a las disposiciones examinadas. Porque, aunque no lleguen a manifestarse como interpretaciones constitucionales en el sentido que les da el fallo, no es menos cierto que cuando se ha elegido por el Tribunal Constitucional, de entre las posibles, una interpretación que no fluye naturalmente de la propia letra del texto se hace absolutamente indispensable contar con la opinión del Tribunal Constitucional, a modo de complemento indispensable y de guía con el que conjurar el océano de inseguridad jurídica en el que se nos ha embarcado.

Cuando el Tribunal Constitucional retuerce y exprime un artículo impugnado para extraer de su esencia un poso de constitucionalidad, se puede producir una injerencia manifiesta del legislador negativo en el terreno del legislador ordinario al que termina por reescribir sus torcidos renglones. Ejemplo prístino de este fenómeno lo brinda el FJ 135, en materia de la Comisión Mixta de Asuntos Económicos y Fiscales Estado-Generalitat, exponente de la perspectiva de bilateralidad desde la que el Estatuto concibe las relaciones de Cataluña con el Estado (art. 210), a la que se desposee de su ambiciosa función y se reduce a un mero complemento del Consejo de Política Fiscal y Financiera. De este modo se preserva, a toda costa, no solo su carácter constitucional sino que se evita entrar, al menos aquí, en el espinoso tema de la bilateralidad. Por conexión, algo similar podría decirse de la previsión que en materia de tributos cedidos hacen las Disposiciones adicionales 7.^a, 8.^a, 9.^a y 10.^a EAC (FJ 136 y 137): mediante extraños razonamientos que se centran en aspectos formales y procedimentales de las leyes de cesión de tributos se orilla la cuestión principal, a saber que una norma estatutaria no puede irrogarse el poder de decidir sobre los porcentajes de cesión, ya sea por aplicación del art. 149.1.14 o por el art. 157.3 CE, y con independencia de que la regulación de los tributos cedidos, hoy en día, ya recoge lo que disponen tales Disposiciones adicionales (véase LO 3/2009, L. 22/2009 y L. 16/2010, en lo que afecta a Cataluña).

También es cierto que no son pocos los preceptos del EAC en los que se ha recurrido a un cierto formulismo al autosujetarse el mandato estatutario, más en la forma que en el fondo, a la Constitución y a las leyes. En tales casos, el Tribunal encuentra un instrumento valioso para asirse a esa declaración de acata-

miento a la Constitución a la hora de valorar el contenido sustantivo de la norma impugnada con el resultado de que incluso si este resulta abiertamente contrario al orden constitucional la cláusula inicial de sujeción a la Constitución se hace prevaler por más contradictorio que pueda resultar, al final, cohonestar en un mismo precepto manifestaciones opuestas. Llevado al límite, y siendo absolutamente consecuente con este criterio, se habría podido prescindir del completo análisis del EAC. Al fin y al cabo, en su primer artículo, se proclama la sujeción de Cataluña a la Constitución y, según se establece ya desde el FJ 6.º de la Sentencia, esta premisa se convierte en pauta prevalente de interpretación del resto del Estatuto. En el plano hacendístico, a veces se proclama, por un lado, el respeto al orden constitucional vigente aunque, por el otro lado, aun dentro del mismo precepto, y cuando se procede a detallar su contenido sustantivo, según el caso, se puede apreciar un cierto distanciamiento. Es lo que sucede con las previsiones relativas a la Comisión Mixta de Asuntos Económicos y Fiscales Estado-Generalitat (FJ 131), con los criterios de distribución de las participaciones de los gobiernos locales a cargo del presupuesto de la Generalitat (FJ 140), con el ejercicio de la tutela financiera sobre los entes locales por parte de la Generalitat (FJ 140) y con la distribución de las participaciones de los gobiernos locales en subvenciones incondicionadas estatales (FJ 141 y 142).

Más firme se ha mostrado el Tribunal Constitucional en relación con el art. 206.3, aquel en el cual se pretendía proteger la posición de Cataluña en el marco de los mecanismos de solidaridad de modo que el esfuerzo fiscal del resto de comunidades fuera similar al realizado por esta Comunidad. Asimismo, en el art. 206.5 se imponía al Estado la función de garante en el sentido de que la aplicación de tales mecanismos no supusiera una alteración de la posición de Cataluña en el *ranking* de Comunidades Autónomas por renta per cápita. En esta ocasión, por lo que respecta al art. 206.3, se advierte de que solo al Estado compete ordenar estas materias y es que la solidaridad interterritorial es competencia estatal. Aun así, y casi parece fuego de distracción, la argumentación de la Sentencia (FJ 134) se basa también en que el precepto estatutario puede lesionar la autonomía financiera de las otras autonomías. En cuanto al art. 206.5 se considera inoperante partiendo de la base de que Cataluña no hace, directamente, aportaciones a los mecanismos de nivelación puesto que nutrirlos, en virtud de la competencia recién señalada, corresponde únicamente al Estado.

Sorprende precisamente por su contundencia la declaración de inconstitucionalidad del art. 218 EAC (FJ 140). Es cierto que la doctrina constitucional es firme en la reserva a favor del Estado para el establecimiento de los tributos locales y de que también al Estado se atribuye por el Tribunal Constitucional el

deber de velar por la suficiencia de las haciendas locales (19/1987, 233/1999) entre otros aspectos atinentes a las mismas. El Tribunal Constitucional ha recurrido a la competencia en materia de Hacienda General para blindar la posición del Estado en este punto, complementándola con la competencia en materia de bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas (art. 149.1.18 CE) y en la tutela financiera. Pero no es menos cierto que, esta vez, el texto estatutario presentaba un redactado más cauto que en otras ocasiones. Obsérvese que el art. 218.2 dice que la competencia en materia de financiación local «puede incluir la capacidad legislativa para establecer y regular los tributos propios de los gobiernos locales» y ello «en el marco establecido por la Constitución y la normativa del Estado». Basta contrastar la fórmula legal elegida con el tono imperativo de muchos otros preceptos para apreciar que, en este caso al menos, la posición del TC podría haber sido más conciliadora.

Dejamos para el final una referencia a la Disposición adicional 3.^a, norma importante porque estaba destinada a convertirse en el mecanismo de compensación del déficit de infraestructuras que padece Cataluña. Pues bien, en este caso, el Tribunal Constitucional opta por vaciar de contenido la disposición privándola, en realidad, de su naturaleza de norma jurídica. Lo hace siguiendo el camino que marcó la STC 13/2007 y, desde ese punto de vista, era previsible que sucediera lo que al final ha sucedido.

Como es conocido, la Disposición adicional 3.^a obliga al Estado a realizar una serie de inversiones en Cataluña en el plano de las infraestructuras. Pues bien, la posición del Tribunal Constitucional parte de una premisa lógica: si el Estado ostenta la competencia en materia de Hacienda General solo a él corresponde decidir el volumen y tipo de dotaciones económicas de aquella naturaleza. Lo pasmoso es que si ponemos en relación las Sentencias 13/2007 y 31/2010 nos encontramos con que, conforme a la primera, no es inconstitucional que el Estado en la Ley de Presupuestos deje de consignar las dotaciones que se reclaman desde un texto estatutario (en aquel caso, el de Andalucía) y, según la segunda, no es inconstitucional que un texto estatutario exija al Estado unas consignaciones presupuestarias que aquel ya vemos que no está obligado a hacer. Casi parecería una tira cómica, si no fuera porque, probablemente sin proponérselo, la solución que adopta el Tribunal Constitucional termina por ser más lacerante para la Comunidad Autónoma que una declaración de inconstitucionalidad en toda regla. Implícitamente, afirmar que este tipo de disposiciones no vinculan al Estado equivale a una declaración de irrelevancia. Nos hallamos, pues, ante normas con categoría de ley orgánica que, en realidad, no son ya ni normas jurídicas, porque si lo fueran, habida cuenta de su frontal oposición a la

Constitución, se las hubiera debido declarar inconstitucionales. Para salvarlas de esa seria condena se las priva de contenido y de trascendencia jurídica, con lo que, dejando a un lado aspectos de índole no jurídica pero no precisamente accesorios, la norma jurídica deja de ser tal. Creo que todavía a los jóvenes que se inician en los estudios universitarios de Derecho se les recomienda la lectura de un libro introductorio de Ángel Latorre. En sus primeras páginas se hace llegar al novel que, en Derecho, las normas pueden corresponder a diversos modelos: imponen una prohibición, ordenan algo, conceden facultades, poderes o derechos subjetivos o facilitan el acceso a medios que pueden utilizarse para alcanzar los fines queridos. En lo sucesivo habrá que incorporar una nueva categoría: las normas irrelevantes.

SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE DETERMINADOS PRECEPTOS DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE CATALUÑA RELATIVOS A LA FINANCIACIÓN AUTONÓMICA Y LOCAL

M. Dolores Arias Abellán*

1. Introducción

El Tribunal Constitucional ha declarado la inconstitucionalidad de algunos preceptos del Estatuto de Autonomía de Cataluña. Además ha declarado constitucionales otros tantos siempre que se interpreten de acuerdo con lo previsto en la Sentencia dictada al efecto. Ambos supuestos alcanzan a la financiación tanto de la Generalitat como a la hacienda de los entes locales sobre cuyo régimen incorpora el Estatuto determinadas previsiones.

Según el fallo de la Sentencia son inconstitucionales y, por lo tanto, nulos, el inciso «siempre y cuando lleven a cabo un esfuerzo fiscal también similar» del apartado 3 del artículo 206; y el inciso «puede incluir la capacidad legislativa para establecer los tributos propios de los gobiernos locales» del apartado 2 del artículo 218. Las páginas que siguen se refieren a ambos preceptos: el primero de ellos afecta a la financiación de la Generalitat y el segundo a la hacienda local.

2. La financiación de la Generalitat

La Sentencia declara que es inconstitucional el apartado tercero del artículo 206, en el que se establece que la aportación de la Generalitat a la solidaridad y la nivelación, de todas las Comunidades Autónomas, en la financiación de los servicios públicos esenciales se realizará «siempre y cuando lleven a cabo un esfuerzo fiscal también similar». De ese apartado tercero solo a este inciso afecta la inconstitucionalidad. No hay que olvidar que este artículo tiene como título «Participación en el rendimiento de los tributos estatales y mecanismos de nivelación y solidaridad», convirtiéndose en el precepto central de la financiación de Cataluña en la medida en que fija el régimen de las participaciones que son,

* M. Dolores Arias Abellán, catedrática de derecho financiero y tributario de la Universidad Autónoma de Barcelona.

junto a los tributos cedidos, los recursos ordinarios más importantes de la Hacienda autonómica.

El precepto parte del reconocimiento de la competencia estatal para concretar y aplicar la solidaridad interterritorial. Esta competencia está expresamente atribuida en la Constitución, el Estatuto la reconoce tal y como expresa el Tribunal realizando una interpretación sistemática de los apartados primero (no recurrido) y tercero del mismo artículo. Partiendo de este reconocimiento la norma cuestionada establece la posibilidad de ajuste de los recursos financieros de la Generalitat en garantía de esa solidaridad.

El problema está en que ese apartado tercero dispone que el ajuste debe realizarse «siempre y cuando lleven a cabo un esfuerzo fiscal también similar», es decir, la aportación de la Generalitat solo sería posible si los ciudadanos de todas las Comunidades Autónomas realizaran ese esfuerzo similar. Esta frase es la que se declara inconstitucional explicando el Tribunal Constitucional que «Aunque en el precepto no se concreta cuál haya de ser el contenido y alcance que tenga la expresión «esfuerzo fiscal simila», es lo cierto que establece como exigencia para que Cataluña contribuya a los mecanismos de nivelación de servicios fundamentales y de solidaridad el que las restantes Comunidades Autónomas realicen «un esfuerzo fiscal similar» al que haga Cataluña, prescripción esta que es determinante de la inconstitucional señalada».

Efectivamente este artículo 206 garantiza los mecanismos de nivelación y solidaridad establecidos en la CE previendo expresamente la contribución de Cataluña, tal y como reconoce el propio Tribunal en el fundamento jurídico 134, aunque entendiendo que «En este contexto, la determinación de cuál sea el esfuerzo fiscal que hayan de realizar las Comunidades Autónomas es cuestión que solo corresponde regular al propio Estado [...]. Se trata, en suma, de una cuestión que, en ningún caso, puede imponer el Estatuto a las demás Comunidades Autónomas, pues al hacerlo así se vulneran, a la vez, las señaladas competencias y el principio de autonomía financiera de aquéllas [...]».

A la vista de esta argumentación cabe señalar, en primer lugar, que no se niega la posibilidad de uso de la variable *esfuerzo fiscal* para concretar el volumen de ingresos de una Comunidad Autónoma. En segundo lugar, que lo que no puede hacer un Estatuto es imponerla al resto de Comunidades Autónomas, aunque pueda establecerse en una norma estatutaria para, en su caso, concretar la aportación de todas las Comunidades Autónomas a la solidaridad y la nivelación garantizadas constitucionalmente. En tercer lugar, que el concepto y contenido de esa variable es competencia del Estado; por eso el Estatuto no se pronuncia, porque está fuera de su alcance.

Pero lo importante está en la fundamentación de la inconstitucionalidad: de la dicción literal de la norma enjuiciada se desprende una imposición ilegítima que vulnera la competencia estatal al disponer cómo deben actuar las Comunidades Autónomas, imposición esta que solo puede realizar el Estado. Olvida el Tribunal con esta argumentación que el propio artículo 206 en su conjunto y el artículo 201, con el título «Principios», dejan claro cuál es el marco normativo dentro del que debe concretarse el marco competencial del Estado y de la Generalitat, tal y como se reconoce en la propia Sentencia en el mismo fundamento jurídico y respecto del mismo artículo, aunque referido a la primera parte del apartado 3, del que falla la constitucionalidad. Utiliza, en este último caso, una interpretación conjunta y sistemática y no una aislada y literal al decir expresamente que «Una lectura sistemática del art. 206.3 EAC ha de ponerlo en relación con el apartado 1 del mismo artículo, no impugnado [...]».

De manera que esa previsión estatutaria es inconstitucional por su naturaleza imperativa y limitativa de las competencias del Estado, que es el garante de la solidaridad interterritorial en el ámbito financiero. Si esto es así, la inconstitucionalidad de la norma se basa exclusivamente en determinados términos, en particular, en el «siempre y cuando» y no en la variable *esfuerzo fiscal* en sí misma considerada y al no estar concretada podría haberse entendido que es el Estado quien únicamente puede decidir sobre su contenido y alcance y, en consecuencia, sobre su práctica aplicación dentro de los mecanismos de nivelación y solidaridad previstos en la CE.

Precisamente el artículo 206.5, que no ha sido declarado inconstitucional, se vincula al anterior en la medida en que podría entenderse que también incluye un mandato vinculante al Estado en esta materia. En efecto este precepto dispone que «El Estado garantizará que la aplicación de los mecanismos de nivelación no altere en ningún caso la posición de Cataluña en la ordenación de rentas per cápita entre las Comunidades Autónomas antes de la nivelación». No parece que haya ninguna diferencia en cuanto a la imperatividad y en cuanto al sujeto al que van dirigidos esos posibles mandatos: el Estado.

En este segundo precepto está absolutamente claro, pero en el contenido en el mismo artículo en el apartado 3, declarado inconstitucional también: en este último, el Estatuto no indica a las Comunidades Autónomas lo que tienen que hacer; es al Estado al que le indica que en el momento del ejercicio de sus competencias tendentes a la plasmación de la solidaridad interregional tenga en cuenta situaciones de igualdad respecto de una variable, el esfuerzo fiscal, sin prejuzgar qué se entiende por este último ni cómo debe valorarse esa situación de igualdad o similitud entre las Comunidades Autónomas. No parece, pues, que el Estatuto

esté incidiendo en la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas ni en el principio de coordinación garantizados en el artículo 156.1 de la CE.

Es más; el Tribunal dice, respecto del artículo 206.5, que: «No es propiamente una condición impuesta al Estado por el Estatuto de Autonomía de Cataluña, sino solo expresión reiterada de un deber que para el Estado trae causa inmediata y directa de la propia Constitución, que le impone la garantía de la realización efectiva del principio de solidaridad “velando por el establecimiento de un equilibrio económico, adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español” (art. 138.1 CE). Adecuación y justicia que, predicadas del equilibrio económico al que ha de ordenarse la realización de la solidaridad entre las Comunidades Autónomas garantizada por el Estado, no pueden redundar para las más ricas en mayor perjuicio que el inherente a toda contribución solidaria para con las menos prósperas [...], excluyéndose, por tanto, el resultado de la peor condición relativa de quien contribuye respecto de quien se beneficia de una contribución que dejaría de ser solidaria y servir al fin del equilibrio para propiciar, en cambio, un desequilibrio de orden distinto al que se pretende corregir».

Con esta fundamentación entiende que ese precepto es manifestación expresa de un principio inherente al modelo de solidaridad interterritorial e indirectamente está reconociendo que esta última tiene límites para poder seguir llamándola solidaridad interterritorial, de tal manera que cabe la posibilidad de que el Estado en el ejercicio de sus competencias tenga que aplicar correctores para conseguir materializar esa solidaridad y, entre otros, están los previstos en ese artículo 206.5 que es declarado constitucional porque no recoge un mandato estatutario al Estado, que sería ilegítimo por invadir competencias, sino la plasmación concreta del deber del Estado respecto de la nivelación y la solidaridad interterritorial.

Declara su constitucionalidad siempre que se interprete en la forma en que aparece en la Sentencia «de modo que la garantía del Estado a que se refiere este precepto solo operaría cuando la alteración de la posición de la Comunidad Autónoma de Cataluña se debiera, no a la aplicación general de los mecanismos de nivelación, sino exclusivamente a la aportación que realizase Cataluña como consecuencia de su posible participación en dichos mecanismos».

Interpretación no exclusivamente literal del precepto que da más relevancia al contenido de la competencia estatal que nadie discute que a los términos más o menos imperativos con los que aparezca señalados. Esta posición del Tribunal salvando la constitucionalidad del precepto podría haberse llevado a todo el artículo 206 del Estatuto, en los términos de la impugnación, haciendo hincapié en que no es una condición imperativa impuesta al Estado, no puede ha-

cerlo el Estatuto, sino un recordatorio del contenido posible de la competencia estatal sobre los mecanismos de nivelación y solidaridad interterritorial en el ámbito económico y financiero.

3. La financiación local

También el Tribunal ha declarado la inconstitucionalidad del artículo 218.2 del Estatuto que regula la competencia autonómica en la organización jurídica de los tributos locales. En particular recoge la posibilidad de que una ley del Parlamento catalán pueda regular los tributos locales. El precepto reconoce la competencia general en materia de financiación local, en el marco establecido en la Constitución y la normativa del Estado, y partiendo de este reconocimiento dispone en el párrafo segundo que «Esta competencia puede incluir la capacidad legislativa para establecer y regular los tributos propios de los gobiernos locales [...]».

Pues bien, este inciso es el que, según el Tribunal, resulta inconstitucional invocando la doctrina recogida en una Sentencia anterior, la 233/1999, de 16 de diciembre, reafirmandose ahora porque «según resulta de los arts. 31.3 y 133.1 y 2 CE, la creación de los tributos locales ha de operarse a través del legislador estatal, “cuya intervención reclaman los apartados 1 y 2 del artículo 133 de la Constitución”, potestad normativa que tiene su anclaje constitucional “en la competencia exclusiva sobre Hacienda general (art. 149.1.14 CE), debiendo entenderse vedada, por ello, la intervención de las Comunidades Autónomas en este concreto ámbito normativo [...]”. Se trata, en suma, de una potestad exclusiva y excluyente del Estado que no permite intervención autonómica en la creación y regulación de los tributos propios de las entidades locales» (FJ 140).

Al margen de cualquier consideración respecto de la doctrina del Tribunal sobre las relaciones entre los preceptos constitucionales en los que se basa para declarar la inconstitucionalidad, y en cuyo alcance la Sentencia no entra remitiéndose a la doctrina contenida en la número 233/1999, de 16 de diciembre, hay que subrayar que la norma estatutaria no se inmiscuye en las competencias estatales, que reconoce expresamente en el número uno del mismo precepto, sino que se limita a establecer que en la medida en que eso sea posible, regular los tributos locales si la ley estatal así lo prevé, esa competencia la asume la Generalitat. No está reduciendo ni ampliando las competencias del Estado ni las de la Generalitat respecto de la financiación local, sino que partiendo del reconocimiento de esta última específica que, si es posible, esa competencia abarcaría la regulación de los tributos locales.

Tanto es así que el apartado 2 del artículo 218 dispone que: «La Generalitat tiene competencia, en el marco establecido en la Constitución y la normativa del Estado, en materia de financiación local. Esta competencia *puede incluir* la capacidad legislativa para establecer y regular los tributos propios de los gobiernos locales e *incluye* la capacidad para fijar los criterios de distribución de las participaciones a cargo del presupuesto de la Generalidad», de manera que distingue claramente, con los términos utilizados, entre aquello que si es posible se asume y lo que es asumido directamente. Lo cual no quiere decir que esto último sea constitucional.

Precisamente respecto de este último aspecto también se ha pronunciado el Tribunal, declarando su plena constitucionalidad, realizando una interpretación sistemática de todo el apartado 2 del precepto cuestionado al afirmar que, a pesar de que en una primera apreciación se pudiera pensar que no se están respetando las competencias estatales sobre la distribución de sus participaciones, es decir, de las del Estado, «Ello no obstante la consideración sistemática del precepto impugnado muestra que solo atribuye a la Generalitat tal competencia en relación con los recursos establecidos por la propia Comunidad Autónoma en su presupuesto, dado que esta facultad, al igual que las demás que se incluyen en el art. 218.2 EAC, la ostenta “en el marco establecido por la Constitución y la normativa del Estado”, según dispone su primer inciso».

Lo dice expresamente el propio Tribunal: todas las competencias recogidas en el apartado 2 del artículo 218 del Estatuto se ostentan en el marco establecido en la Constitución y en la normativa del Estado. No se entiende muy bien por qué después se discrimina entre unas y otras si se parte de esa consideración general que las incluye a todas. Cosa distinta es que el alcance de la competencia estatal sea tal que no quepa la posibilidad de competencia autonómica: esto es lo que parece que está concluyendo el Tribunal; es una competencia exclusiva y excluyente que imposibilita la existencia de la autonómica de tal manera que incluso expulsa del ordenamiento una norma que no atribuye competencias sino que la permite, en su caso. Puede que la propia Constitución establezca técnicas que permitan que este tipo de competencias puedan ser ejercidas por entes públicos distintos de sus titulares. Pero esta es otra cuestión.

EFFECTOS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL MODELO DE FINANCIACIÓN DE LA GENERALITAT DE CATALUÑA

Núria Bosch i Roca y Maite Vilalta Ferrer*

La Sentencia del Tribunal Constitucional (TC) se pronuncia en relación a un conjunto de aspectos referentes al modelo de financiación autonómica contenido en el Estatuto de Autonomía de Cataluña del 2006. Concretamente, el modelo se ve afectado en los aspectos siguientes.

1. Cesta tributaria

Las Disposiciones adicionales octava, novena y décima prevén los porcentajes de cesión a la Generalitat en relación con el IRPF (50 %), el IVA (50 %) y los impuestos especiales (58 %), estableciendo en todos los casos que el primer proyecto de ley de cesión de impuestos que se apruebe a partir de la entrada en vigor del Estatuto contendrá estos porcentajes de cesión.

La Sentencia reitera que los Estatutos de Autonomía no son los instrumentos más adecuados para determinar la financiación de las Comunidades Autónomas, y que hay que respetar la potestad legislativa del Estado ejercida a través de las Cortes Generales. La Sentencia establece que estas disposiciones no serían inconstitucionales si se interpretaran de esta manera.

Actualmente, la interpretación del TC no afecta al modelo de financiación porque la LOFCA, aprobada por las Cortes Generales en el 2009, ya prevé dichos porcentajes. Además, se está tramitando en las Cortes el Proyecto de ley de cesión de tributos a la Generalitat, que también recoge los mismos porcentajes. Ahora bien, con la Sentencia se pierde la garantía estatutaria, dado que la interpretación que hace el TC podría suponer que en un futuro los porcentajes de cesión se modificaran.

2. Mecanismo de nivelación fiscal

El artículo 206.3 del Estatuto establece una definición de cuál será la aportación de la Generalitat en concepto de solidaridad. Concretamente, se establece que la apor-

* Núria Bosch i Roca y Maite Vilalta Ferrer, Instituto de Economía de Barcelona de la Universidad de Barcelona.

tación de la Generalitat será aquella que permita que los servicios de educación, de sanidad y otros servicios sociales esenciales del estado del bienestar prestados por los diferentes gobiernos autonómicos puedan alcanzar niveles similares en el conjunto del Estado, siempre que lleven a cabo un esfuerzo fiscal también similar.

La Sentencia del TC ha declarado inconstitucional la expresión «siempre que lleven a cabo un esfuerzo fiscal también similar», ya que entiende que esta expresión condiciona que todas las comunidades autónomas deban hacer el mismo esfuerzo fiscal de Cataluña, lo cual unilateralmente, dice el TC, no se puede decidir.

Al igual que en el caso anterior, la declaración de inconstitucionalidad del TC no tiene efectos sobre el actual modelo de financiación, ya que la LOFCA prevé un mecanismo de nivelación que tiene en cuenta el precepto declarado inconstitucional. No obstante, hay que decir que el TC interpreta erróneamente el texto del Estatuto. En ningún caso, este dice que el resto de comunidades autónomas deban hacer el mismo esfuerzo fiscal que Cataluña, sino que lo que dice es que todas deben hacer un mismo esfuerzo fiscal. La eliminación de esta referencia al esfuerzo fiscal desvirtúa el funcionamiento del mecanismo de nivelación. Ello quiere decir, por ejemplo, que una comunidad autónoma puede decidir rebajar la carga tributaria sobre sus ciudadanos sabiendo que la pérdida recaudatoria se le compensará con más transferencias procedentes del mecanismo de nivelación, castigando a las comunidades aportadoras a la solidaridad y que han decidido aplicar a sus ciudadanos una carga fiscal más elevada. Además de los efectos que ello tiene sobre la equidad, también los tiene sobre la eficiencia. Es decir, crea incentivos perversos tanto para los receptores como para los aportadores de las transferencias. Para acabar, cabe mencionar que la referencia al esfuerzo fiscal declarada inconstitucional por el TC está también presente en otros Estatutos de Autonomía (Aragón, Andalucía e Islas Baleares).

3. Principio de ordinalidad

El artículo 206.5 del Estatuto establece que el Estado debe garantizar que la aplicación de los mecanismos de nivelación no altere en ningún caso la posición de Cataluña en la ordenación de rentas per cápita entre las comunidades autónomas antes de la nivelación. El TC interpreta esta disposición como que la garantía del Estado sólo operará cuando la alteración de Cataluña se deba a la aportación que haga a los mecanismos de nivelación, no a la aplicación general de estos mecanismos.

Esta interpretación es la que se espera de un buen funcionamiento del mecanismo de nivelación; por lo tanto, no perjudica a la aplicación del mencionado mecanismo.

4. Bilateralidad

El artículo 210.1 y 2 del Estatuto establece que la Comisión Mixta de Asuntos Económicos y Fiscales Estado-Generalitat es el órgano bilateral de relación entre la Administración del Estado y la Generalitat en el ámbito de la financiación autonómica. En este punto la Sentencia del TC considera que no es inconstitucional si esta relación bilateral no excluye ni limita la capacidad de las instituciones y organismos de carácter multilateral en materia de financiación autonómica. La Sentencia también expresa que la Comisión Mixta debe tener un carácter complementario al papel de los órganos multilaterales, como el Consejo de Política Fiscal y Financiera.

Esta interpretación quita relevancia a la Comisión Mixta como único órgano bilateral de relación entre el Estado y la Generalitat a la hora de negociar todo aquello que afecta al modelo de financiación de la Generalitat.

5. Inversión pública estatal

La Disposición adicional tercera del Estatuto dispone que la inversión del Estado en infraestructuras se debe equiparar a la participación relativa del producto interior bruto de Cataluña con relación al producto interior bruto del Estado por un periodo de siete años.

La Sentencia del TC interpreta que esta disposición no vincula al Estado en su política de inversiones ni tampoco a las Cortes Generales para decidir sobre la existencia y la cuantía de las inversiones. Se pierde, por lo tanto, otra vez la garantía estatutaria.

No obstante, el TC también afirma que el Estado no debe dotar de partidas presupuestarias concretas a una comunidad autónoma si no se ha llegado a un acuerdo entre el Estado y esta comunidad autónoma en el seno de la comisión mixta correspondiente. Por lo tanto, dado que la Comisión Bilateral Generalitat-Estado ya ha aprobado la metodología de aplicación de la Disposición adicional tercera, este hecho obliga al Estado en los presupuestos generales del Estado a dotar a Cataluña de las inversiones correspondientes a su peso en el PIB hasta el año 2013. Así pues, en este caso, la interpretación del TC no tiene efectos sobre la aplicación del precepto estatutario.

REFLEXIONES SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS COMPROMISOS DE GASTO PREVISTOS EN LA DISPOSICIÓN ADICIONAL TERCERA DEL ESTATUTO A RAÍZ DE LA SENTENCIA 31/2010 DE 28 DE JUNIO

José Antonio Fernández Amor*

Entre los temas sobre los que el Tribunal Constitucional (TC) se ha pronunciado en la Sentencia 31/2010 de 28 de junio está el de la financiación de la Comunidad Autónoma; tema que, entre las diversas cuestiones tratadas, tiene un peso específico. Este se justifica, cuando menos, por el hecho de que el grado de autonomía política depende directamente de las posibilidades de gestionar ingresos con los que hacer efectivas las diferentes competencias materiales.

El Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 dedica su título VI a la financiación de la Generalitat, que comprende la regulación sobre la financiación de la Generalitat, sobre sus presupuestos y sobre la financiación local. Se completa con la regulación que se prevé en las Disposiciones adicionales tercera, cuarta, séptima a undécima y decimotercera. Es objeto de estas líneas reflexionar sobre la decisión que ha tomado el TC en relación con la impugnación por inconstitucional de la Disposición adicional tercera, apartado 1, que prevé: «1. La inversión del Estado en Cataluña en infraestructuras, excluido el Fondo de Compensación Interterritorial, se equiparará a la participación relativa del producto interior bruto de Cataluña con relación al producto interior bruto del Estado para un periodo de siete años. Dichas inversiones podrán también utilizarse para la liberación de peajes o construcción de autovías alternativas».

Los recurrentes fundamentan la nulidad constitucional del precepto en tres argumentos: primero, vincula indebidamente a las Cortes Generales en el ejercicio de su competencia (art. 134.1 CE); segundo, supone un privilegio económico contrario a la Constitución (art. 138.2 CE) y, tercero, es incompatible con la asignación y distribución equitativas de la riqueza nacional entre los diferentes territorios (arts. 31.2, 40.1, 131.1 y 138.1 CE). El abogado del Estado, por su parte, proporciona al debate el argumento basado en que el precepto no es más que

* José Antonio Fernández Amor, Unidad de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad Autónoma de Barcelona.

un compromiso político que no vincula al legislador presupuestario. El Gobierno y el Parlamento de Cataluña sostienen el otro extremo de la discusión cuando entienden que el Estatuto puede incidir en la Ley de Presupuestos Generales del Estado sin que se vulneren previsiones constitucionales sobre todo si lo que se pretende es resolver una situación de déficit de inversión en infraestructuras.

Ante esta controversia, el TC decide no acoger ni los argumentos de los recurrentes, ni los argumentos de los órganos de la Generalitat para pronunciarse sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del precepto. Su decisión es de carácter interpretativo pues, paralelamente a lo que dice el abogado del Estado, entiende que no puede tener, «[...] en modo alguno, como ahora se dirá, efectos directamente vinculantes para el Estado». Desproveyéndolo de cualquier carácter vinculante o fuerza jurídica, considera que estará de acuerdo con el texto constitucional. Solo viéndolo como una mera declaración política puede mantenerse esta previsión en un texto jurídico como es la ley orgánica que contiene el Estatuto de Autonomía.

Esta solución se fundamenta en que la Disposición adicional tercera, apartado 1 no puede condicionar las funciones de examen, enmienda y aprobación de las Cortes Generales sobre los presupuestos generales del Estado. El TC se remite a dos sentencias como son la 209/1990, de 20 de diciembre, y la 13/2007, de 18 de enero, para reforzar sus argumentos con dos ideas más: primero, que este tipo de compromisos no son un recurso que el Estado tenga que reflejar obligatoriamente en los presupuestos de cada ejercicio económico y, segundo, que de acuerdo con el art. 149.1.14 de la CE, aquel puede decidir si procede su asignación y en qué cuantía teniendo en cuenta las necesidades de cada una de ellas y las posibilidades reales de su sistema financiero. En todo caso, su actuación ha de estar presidida por un principio de lealtad constitucional que vincula a todo el mundo.

La decisión que toma el TC en este tema presenta, en primer lugar, la duda de si no hubiera sido más claro pronunciarse directamente sobre la constitucionalidad (manteniendo su fuerza jurídica) o inconstitucionalidad (manteniendo su nulidad) del precepto. El Tribunal opta por aportar una interpretación que, a mi juicio, no es tal. No da un sentido determinante de la norma jurídica para que sus efectos no sean contrarios al orden constitucional. Más bien, con el fin de mantener el precepto objeto de impugnación en el ordenamiento jurídico lo desprovee de cualquier fuerza jurídica ya que un compromiso de gasto, siguiendo los argumentos del Tribunal, sólo puede figurar en la Ley de Presupuestos Generales del Estado pues, de otra manera, se condicionan las funciones de las Cortes Generales. Esta decisión agrava la complejidad técnica del Estatuto dado

que el operador jurídico futuro deberá diferenciar entre los preceptos de cariz plenamente jurídico y los que solo reflejan compromisos políticos pues tienen diferentes grados de vinculación además de poder ser modificados con leyes ordinarias como es el caso de la Disposición adicional séptima.

En segundo lugar este fundamento jurídico supone un argumento desestabilizador no solo de la financiación futura de la Generalitat sino también del resto de Comunidades Autónomas. Se tendría que hacer un análisis que sobrepasa las intenciones de este comentario sobre las consecuencias de la tesis mantenida por el TC en relación con la naturaleza política o jurídica de los compromisos de gasto que se prevén en el Estatuto. Aquí se puede apuntar que la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se Regula el Sistema de Financiación de las Comunidades Autónomas de Régimen Común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se Modifican Determinadas Normas Tributarias, prevé en sus arts. 4 a 7 una serie de recursos adicionales que, siguiendo los razonamientos del TC, podrían ser considerados compromisos de cariz político fundamentados en el principio de lealtad sin ninguna eficacia vinculante, pues no se pueden condicionar las funciones de examen, enmienda y aprobación de las Cortes Generales con compromisos no previstos en la Ley de Presupuestos Generales del Estado. La misma duda se presenta con el Fondo de convergencia autonómica del art. 22 y siguientes de la Ley 22/2009, que se articula como una participación en los presupuestos futuros del Estado.

En tercer lugar, el TC con esta decisión da un paso más en su doctrina relativa a la validez jurídica de los compromisos económicos que puede adquirir el Estado fuera de las leyes presupuestarias. Se ha de recordar que en las SSTC 58/1985 y 210/1990, de 20 de diciembre, fijó que los convenios colectivos firmados entre el Gobierno y los representantes de los funcionarios están por debajo de las leyes presupuestarias en virtud del principio de jerarquía normativa. Por este motivo, los compromisos de gasto a los cuales se llegaron por aquellos acuerdos pueden ser modificados por la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Con la doctrina que ahora se comenta no solo se trata de que el Estado no está vinculado por aquel tipo de acuerdos, sino que tampoco lo está cuando el compromiso de gasto se encuentra reflejado en una ley de tipo orgánico pues se tratará de un precepto en todo caso orientador o político.

Puede ser que, en mi opinión, el TC hubiera estado más acertado y claro resolviendo el conflicto dentro de los parámetros propios de la regulación sobre financiación autonómica haciendo una interpretación sistemática del precepto y no sacándole fuerza jurídica para mantenerlo en el texto, lo cual parece producto del *horror vacui*. El sistema de financiación de las Comunidades Autónomas

mas tal como se ha reflejado en el Acuerdo 6/2009, del 15 de julio, para la Reforma del Sistema de Financiación de las Comunidades Autónomas de Régimen Común y Ciudades con Estatuto de Autonomía, se prevé en el art. 2.1.b de la LOFCA, lo regula el RDL 2/2007 de 28 de diciembre que recoge el Texto refundido de la Ley de Estabilidad Presupuestaria y la LO 5/2001, de 13 de diciembre, Complementaria a la Ley General de Estabilidad Presupuestaria, está condicionado necesariamente por el principio de estabilidad presupuestaria y por los requerimientos –que en los actuales tiempos de crisis económica son evidentes– de pertenecer a la Unión Europea. En consecuencia, no se trata tanto de que el Estado no esté comprometido a reflejar en sus presupuestos previsiones de gasto recogidos en otras normas diferentes a la ley presupuestaria como que estos compromisos se encuentran limitados por los requerimientos mencionados previstos en el ordenamiento jurídico.

LA FINANCIACIÓN AUTONÓMICA EN LA SENTENCIA 31/2010 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL ESTATUTO CATALÁN DE 2006

Joan Pagès i Galtés*

1. Consideraciones generales

Después de la pertinente tramitación legislativa, tanto en el Parlamento autonómico como en el Parlamento estatal, coronada por el preceptivo referéndum a la ciudadanía de Cataluña, se aprobó la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (BOE y DOGC de 20 de julio), contra el cual se interpusieron diversos recursos de inconstitucionalidad.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio (BOE de 16 de junio), que ahora brevemente comentaremos, resuelve el recurso de inconstitucionalidad n.º 8045-2006, interpuesto por noventa y nueve diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso contra diversos preceptos del citado Estatuto. Se trata, a nuestro juicio, de una de las Sentencias más desafortunadas que ha dictado el Alto Tribunal, y eso, tanto por cuestiones de fondo como de forma.

a) Con respecto al fondo, la Sentencia deja vacío de contenido el núcleo esencial que motivó la reforma estatutaria: la reafirmación de los signos identitarios nacionales, la precisión de las competencias autonómicas y su alcance, la concreción de los mecanismos de participación de la Comunidad Autónoma en órganos estatales y, por descontado, la fijación de unos criterios que permitieran mejorar la financiación autonómica y la regulación por la Generalitat de las finanzas de los entes locales catalanes.

Con la mencionada STC resulta que muy poco de eso se ha conseguido, porque en la mayoría de casos todo dependerá de la voluntad unilateral del Estado. La gravedad de la Sentencia salta a la vista, porque caracterizado el texto constitucional por una considerable vaguedad fruto del consenso político de la transición, admite de forma patente otras interpretaciones jurídicamente válidas. De aquí la trascendencia que tenía el Estatuto de Autonomía, que al ser una norma paccionada integrante del bloque de la constitucionalidad, se consideró por el legislador depositario de la soberanía popular un elemento útil para concretar cuál de las múltiples opciones jurídico políticas que admite la Constitución era la aplicable.

* Joan Pagès i Galtés, catedrático de derecho financiero de la Universidad Rovira i Virgili.

Pero el Tribunal Constitucional no lo ha entendido así, y ha impuesto su ideario jurídico político al legislador, viniendo a decir que el consenso a que habían llegado los legítimos representantes del pueblo español en su conjunto y los legítimos representantes del pueblo catalán, a pesar de ser ratificado en referéndum por éste, no es válido en buena parte de su contenido. Curiosamente, la confusa técnica utilizada para minar ciertos aspectos claves del Estatuto comporta que se abran numerosas zonas de incertidumbre, suponemos que muchas de ellas provocadas expresamente por el propio Tribunal para dejar alguna brecha por donde poder salvar materialmente varias aspiraciones estatutarias. Y, con eso, pasamos ya a comentar los aspectos formales de la Sentencia.

b) En relación con los aspectos formales de la Sentencia, lo más destacado es que hace profusión extrema de la *técnica de la interpretación conforme*, teniendo unos efectos devastadores para su *ratio legis*, porque son muy numerosos los supuestos en que se interpreta el Estatuto haciéndole decir lo que ni dice ni ha querido decir. Lo cual, amén de ilógico, choca con la doctrina asentada por el propio Tribunal a la hora de fijar los límites de la mencionada técnica de la interpretación conforme.

Entendemos que hubiera sido mucho más razonable y acorde con la función del Tribunal Constitucional declarar simple y llanamente la inconstitucionalidad de aquellos preceptos estatutarios que, segundo su tenor literal y sentido preciso, pugnarán abiertamente contra las tesis del Tribunal. Pero, al no actuar así, forzando una interpretación que transforma la norma escrita en otra diferente, resulta que para aplicar el Estatuto ya no bastará con interpretar la norma estatutaria, sino que será necesario interpretar la interpretación que de la norma estatutaria hace el Tribunal, con todos los problemas de inseguridad jurídica que eso plantea.

2. Límites al contenido de los Estatutos en materia de financiación autonómica

En esta Sentencia, el Tribunal Constitucional parte del criterio de que hay una serie de materias que necesariamente han de ser decididas por el Estado sin ningún condicionante estatutario, de tal manera que si el Estatuto establece un condicionante, resulta que, o bien éste es inconstitucional, o bien tiene que interpretarse que no vincula al Estado.

En el mencionado ideario, partiendo de los arts. 149.1.14.^a, 133.1 y 157.3 CE, el Tribunal Constitucional considera que una de estas materias es precisa-

mente la financiación autonómica derivada de los impuestos estatales cedidos y de las otras participaciones autonómicas en ingresos estatales. A juicio de la STC, las decisiones que afecten a estos tipos de ingresos se tienen que adoptar libremente por las Cortes Generales a la vista del criterio adoptado en el Consejo de Política Económica y Financiera, como órgano multilateral donde están representadas todas las comunidades autónomas [véase FJ 130].

A nuestro entender, este criterio no es adecuado, porque olvida que cuando el art. 149.1.14.^a CE atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre la Hacienda general, es señal que también hay una Hacienda no general que es susceptible de ser regulada por la Comunidad Autónoma. Igualmente olvida que cuando el art. 133.1 CE atribuye al Estado la competencia originaria para establecer tributos, el mismo art. 133 también atribuye a las Comunidades Autónomas y a los entes locales la potestad para establecer tributos, de tal manera que el Estado puede limitar el poder autonómico y local para establecer tributos, pero lo que no puede hacer es suprimirlo. Y, en fin, el art. 157.3 CE tan solo atribuye al Estado la posibilidad de dictar una ley orgánica para regular el ejercicio de las competencias financieras autonómicas, pero en cambio, su art. 147.2.*d* CE establece que corresponde a los estatutos autonómicos contemplar las competencias asumidas, dentro de las cuales, creemos nosotros, caben tanto los impuestos que el Estado cede a la Comunidad Autónoma como las otras participaciones en los ingresos estatales.

3. El principio de bilateralidad y la Comisión Mixta de Asuntos Económicos y Fiscales

El nuevo EAC contempla una Comisión Mixta de Asuntos Económicos y Fiscales a la que, según el art. 201.3, le corresponde desarrollar el título VII del Estatuto, relativo a la financiación de la Generalitat. Parece evidente que la regulación de esta Comisión está previendo que la financiación de la Generalitat contemplada en el título VII se desarrolle con un cierto grado de bilateralidad entre el Estado y la Generalitat.

Pues bien, la STC [FJ 131] admite la constitucionalidad del art. 201.3 EAC, pero lo hace forzando una interpretación de mínimos al considerar que la Comisión solo es un instrumento para propiciar la integración de las posiciones del Estado y de la Generalitat, sin que le competa llegar a los acuerdos que posteriormente determinen el desarrollo normativo o la aplicación del título VII. Se reduce, por lo tanto, la Comisión a un órgano de mera consulta.

4. Capacidad de financiación y principio de no discriminación

El artículo 201.4 EAC prohíbe la discriminación financiera hacia Cataluña, aun respetando los criterios de solidaridad del art. 206. En este punto, compartimos el juicio de la STC [FJ 131] cuando sostiene la constitucionalidad del precepto diciendo que la no discriminación entre comunidades autónomas está avalada por el art. 138 CE. En cambio, ya no compartimos el juicio de la misma Sentencia cuando se refiere a los criterios de solidaridad del art. 206, tema del que nos ocuparemos más adelante.

5. Tributos cedidos

En las Disposiciones adicionales 7.^a a 10.^a EAC se enumeran los tributos que el Estado cede a la Generalitat y, en el caso de cesión parcial, se fija el porcentaje de cesión, previéndose que el Estado tramitará el correspondiente proyecto de ley con el fin de llevarla a cabo en determinado plazo (que es el de la DF 1.^a). La STC [FJ 136 y 137] admite la constitucionalidad de estos preceptos, pero, una vez más, desvirtúa tanto la literalidad como el espíritu del Estatuto, reinterpretando que estos preceptos no son vinculantes, sino que simplemente se enmarcan dentro del principio de lealtad institucional y que, a fin de cuentas, serán las Cortes Generales las que tendrán que decidir si su mandato es o no aceptado.

Adelantándose al criterio asumido por la STC, la reforma de la LOFCA llevada a cabo por la Ley Orgánica 3/2009, de 18 de diciembre (BOE de 19 de diciembre), se ocupa de esta temática recogiendo, en esencia, para el conjunto de Comunidades Autónomas de régimen común, la cesión de tributos contemplada en el EAC.

6. Agencia Tributaria de Cataluña

El art. 204.1 EAC atribuye a la Agencia Tributaria de Cataluña (ATC) la gestión –en sentido amplio– de los tributos autonómicos propios y de los tributos estatales totalmente cedidos. La STC [FJ 132] admite la constitucionalidad del precepto, pero lo reinterpreta entendiendo que la gestión por parte de la Agencia de los tributos estatales totalmente cedidos queda sometida a lo que pueda establecerse sobre su delegación en la normativa estatal reguladora de la cesión. Por lo tanto, se suprime el mandato del citado precepto para reconvertirlo en una mera previsión no vinculante.

Por otra parte, el artículo 204.4 EAC establece que la ATC se creará por ley del Parlamento y dispone de plena capacidad y atribuciones para la organización y el ejercicio de las funciones a que se refiere el art. 204.1. La STC [FJ 132], considera, en lógica congruencia, que este precepto es constitucional, entendiendo que estamos ante una mera norma organizativa y funcional que no supone invasión o limitación reservada al legislador orgánico.

Finalmente, el art. 205 EAC, en su párrafo primero, establece que la Generalitat tiene que asumir por medio de sus propios órganos económico-administrativos la revisión de los actos tributarios dictados por la ATC. En la STC [FJ 133] se resuelve que es constitucional, pero distingue entre la competencia de la Generalitat para asumir la revisión económico-administrativa contra los actos dictados por la ATC sobre los tributos autonómicos propios y la que tiene que asumir sobre los tributos cedidos. Con respecto a la revisión de los primeros, la constitucionalidad del precepto es evidente, y en cuanto a la revisión de los segundos, la constitucionalidad del precepto se declara a costa de interpretar que la competencia de los órganos económico-administrativos de la Generalitat para revisar los actos dictados por la ATC en materia de tributos cedidos queda sometida a lo que pueda establecerse sobre su delegación en la normativa estatal reguladora de la cesión. Por lo tanto, también aquí se suprime el mandato del precepto para reconvertirlo en una mera previsión no vinculante.

Adelantándose al criterio asumido por la STC, el apartado noveno del art. único de la Ley Orgánica 3/2009 dio nueva redacción al art. 20 LOFCA, previendo para el conjunto de Comunidades Autónomas de régimen común una función revisora autonómica en relación a los tributos estatales cedidos, similar a la que contempla el EAC.

7. Mecanismos de nivelación y de solidaridad

El sistema de financiación autonómica no solo se basa en los ingresos, sino también en la compensación, a través del Estado, entre Comunidades Autónomas. Pues bien, el art. 206 EAC contempla unos mecanismos de nivelación y solidaridad que, con respecto a sus apartados 3 y 5, se estructuran, en lo que ahora interesa destacar, como sigue:

- a) Art. 206.3: La nivelación se define diciendo que los recursos de la Generalitat podrán ajustarse para que el resto de Comunidades Autónomas puedan prestar «los servicios de educación, sanidad y otros servicios

sociales esenciales», con un nivel similar al del conjunto del Estado, de tal forma que la Generalitat sólo estará obligada a aportar recursos a la nivelación si el resto de comunidades autónomas realizan un esfuerzo similar al de la Generalitat.

b) Art. 206.5: Los mecanismos de nivelación no alterarán en ningún caso la posición de Cataluña en la ordenación de rentas per cápita entre Comunidades autónomas antes de la nivelación.

La STC [FJ 134], después de reconocer la constitucionalidad de dichos preceptos en tanto que contengan una mera previsión que tiene que ser concretada por el Estado, de tal manera que es el Estado el que tiene que determinar cuáles son los servicios públicos esenciales o fundamentales así como su nivel mínimo de prestación, minimiza el alcance del mandato estatutario en estos dos aspectos: en primer lugar, declara explícitamente inconstitucional el inciso del art. 206.3 EAC consistente en que la aportación de la Generalitat a la solidaridad y a la nivelación se realizará «siempre y cuando [las Comunidades Autónomas] lleven a cabo un esfuerzo fiscal también similar [al que hace Cataluña]», pues, a juicio del Tribunal, este criterio no lo puede imponer un Estatuto de Autonomía al resto de Comunidades Autónomas. Por, tanto el Tribunal considera que es perfectamente constitucional que Cataluña haga un esfuerzo fiscal superior al resto de Comunidades Autónomas. El problema es que, lógicamente, tendría que haber un límite al esfuerzo fiscal, pero éste no se concreta en la Sentencia. En segundo lugar, interpreta que el principio de ordinalidad contemplado en el art. 206.5 EAC es constitucional siempre y cuando se interprete que lo que prohíbe es que la alteración de la posición de Cataluña se deba no a la aplicación general de los mecanismos de nivelación, sino exclusivamente a la aportación que realice Cataluña como consecuencia de su posible participación en dichos mecanismos. Aquí se reinterpreta el precepto estatutario sin dejar claro cuál es la diferencia entre la aplicación general de los mecanismos de nivelación y la aportación catalana derivada de su participación en los mencionados mecanismos.

En todo caso, dejamos apuntado que la reforma de la LOFCA llevada a cabo por la Ley Orgánica 3/2009 se ocupa de esta temática, destacando la introducción del principio de garantía de un nivel base equivalente de financiación de los servicios públicos fundamentales y del principio de corresponsabilidad de las Comunidades Autónomas y el Estado, en consonancia con sus competencias en materia de ingresos y gastos. A nuestro entender, bastaría profundizar en el principio de corresponsabilidad fiscal para concretar el principio de ordinalidad.

8. La Comisión Mixta de Asuntos Económicos y Fiscales Estado-Generalitat

El art. 210.1 EAC nos define la mencionada Comisión Mixta como un «órgano bilateral» integrado por representantes estatales y autonómicos al cual le corresponde «la concreción, la aplicación, la actualización y el seguimiento del sistema de financiación, así como la canalización del conjunto de relaciones fiscales y financieras de la Generalitat». El art. 210.2 EAC enumera con más detalle las competencias de la Comisión.

Parece evidente que esta Comisión ratifica lo que ya se desprende del art. 201.3 EAC analizado por nosotros en el anterior apartado 3: la voluntad estatutaria de que el desarrollo del sistema de financiación de la Generalitat se haga con un cierto grado de bilateralidad entre el Estado y la Generalitat.

9. Inversión en infraestructuras

La Disposición adicional 3.^a EAC contempla que el Estado tiene que realizar en el plazo de siete años inversiones en infraestructuras en Cataluña por un importe determinable según el PIB. A pesar de que está claro que estamos ante un compromiso explícito, la STC tan solo considera constitucional este precepto reinterpretándolo en el sentido de que estamos ante una mera previsión que no vincula a las Cortes Generales.

10. Haciendas locales

En cuanto a las previsiones estatutarias sobre las Haciendas locales, lo más destacable es que la STC se ratifica en sus tesis centralistas, entendiendo que, en la práctica totalidad, es una materia reservada en exclusiva al Estado [FJ 139 a 142]. En una primera lectura de la Sentencia parece incluso que se vete absolutamente a la Generalitat la posibilidad de regular los tributos locales y de ponderar los criterios de reparto de la participación de los entes locales en los ingresos estatales. No obstante, hay que plantearse hasta qué punto es posible que el legislador estatal dé cierto margen de maniobra en estos puntos a la Comunidad Autónoma. Por otra parte, la STC confirma que no hay ningún problema en que la Generalitat cree tributos propios y los ceda a los entes locales. Dejamos apuntado que el nuevo redactado del art. 6 de la LOFCA por la Ley Orgánica 3/2009 todavía hace más fácil esta posibilidad.

INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS COMPETENCIAS RELATIVAS A LA POSIBILIDAD DE ESTABLECER Y REGULAR TRIBUTOS LOCALES PROPIOS

Montserrat Peretó García*

1.

El objeto de las líneas que siguen es comentar cuál ha sido el argumento esgrimido por el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) para declarar la inconstitucionalidad de determinado párrafo del artículo 218.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (en adelante EAC), respecto a la posibilidad de que la Generalitat pudiera, en el ejercicio de su capacidad legislativa, establecer y exigir tributos locales propios.

2.

Tipifica el mencionado precepto: «Artículo 218: Autonomía y competencias financieras [...] 2. La Generalitat tiene competencia, en el marco establecido por la Constitución y la normativa del Estado, en materia de financiación local. Esta competencia puede incluir la capacidad legislativa para establecer y regular los tributos propios de los gobiernos locales e incluye la capacidad para fijar los criterios de distribución de las participaciones a cargo del presupuesto de la Generalitat.»

Se declara inconstitucional el inciso señalado en negrita. Declaración de inconstitucionalidad que era previsible, y ello sobre la base de cierta jurisprudencia que se había venido dictando sobre el tema por ese mismo Tribunal. Parecía previsible, por tanto, que el Tribunal no aceptaría esa posibilidad competencial, ya que admitirlo hubiera podido significar que se establecieran diferentes regímenes tributarios para los distintos municipios y en cierta manera mermar el principio de autonomía de los municipios. Parece que se quiere garantizar la preservación de la unidad del ordenamiento tributario local.

* Montserrat Peretó García, profesora de derecho financiero y tributario. Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona.

En efecto, la doctrina constitucional venía entendiendo que el establecimiento de los tributos de las corporaciones locales ha de ser regulado por el Estado, porque así lo imponen «las exigencias derivadas del principio de reserva de ley en el orden tributario» (Sentencias 18/1987, de 17 de febrero, FJ 4, y 233/1999, de 13 de diciembre, FJ 10), y como venía señalando el TC, dada la intervención exclusiva y excluyente del Estado en garantía de la autonomía y suficiencia local, la determinación de los tributos que constituyen recursos propios de las corporaciones locales es una concreta potestad normativa del Estado que tiene como inmediata finalidad la suficiencia financiera de tales corporaciones (STC 233/1999, FJ 22).

3.

De todas formas, y sin perjuicio de lo anterior, la misma jurisprudencia constitucional había atisbado la posibilidad de que las comunidades autónomas tuvieran cierto margen de intervención normativa en la ordenación del sistema tributario local; así, en la STC 18/1987, de 17 de febrero, en la que se admitía que «las competencias estatales en materia de financiación local no implican en ningún caso el establecimiento de un régimen uniforme para todas las entidades locales de todo el Estado. Y [...] tratándose de tributos de carácter local, nada impide que las normas que los ordenen atiendan a esta diferenciación de situaciones y de finalidades a conseguir, estableciendo regímenes jurídicos que pueden ser, por lo menos, parcialmente distintos» (FJ 3). Es decir, que dentro del margen de las normas constitucionales, el mismo TC admitía que las comunidades autónomas dispusieran de ciertos ámbitos competenciales para regular el sistema tributario local. Doctrina que en ningún caso acoge el TC.

4.

Los argumentos que utiliza el Tribunal para declarar su inconstitucionalidad son discutibles y vienen a reiterar, en cierto sentido, la doctrina que en ciertos supuestos había manejado. El Tribunal no acepta los argumentos de la demanda utilizados para la declaración de inconstitucionalidad, considerando que el precepto atentaba a los principios de autonomía y suficiencia. Rebate el Tribunal esos argumentos, acertadamente, pues deja claro que el artículo estatutario no atribuye una competencia legislativa plena sobre la materia, ya que se limita

a contemplar la posibilidad de crear esos tributos propios si así lo determina el legislador estatal. Tampoco atenta contra suficiencia financiera, pues, a juicio del Tribunal, no puede entenderse que la atribución de potestad legislativa implique *per se* privación en los recursos locales; esa fundamentación carece de sentido, pues en el mismo artículo 217 EAC establece la responsabilidad de la Comunidad de velar por los principios de suficiencia y autonomía.

5.

Rechaza pues, los fundamentos predicados por el demandante, y el inciso que es objeto de comentario se declara inconstitucional siguiendo la doctrina nada novedosa ya dictada sobre ese tema, y expresada someramente en líneas precedentes. Dos son las razones que utiliza para fundamentar esa declaración: en primer lugar, y según resulta de los artículos 31.3 y 133.1 y 2, la creación de los tributos de las corporaciones locales siempre ha de realizarse por el legislador estatal, potestad, que según palabras del Tribunal, «tiene su anclaje en la competencia exclusiva sobre la Hacienda general (149.1.14 CE), debiendo entenderse vedada, por ello, la intervención de las Comunidades Autónomas en este concreto ámbito normativo (STC 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 22)».

En conclusión, sólo el Estado tiene la potestad exclusiva y excluyente para crear tributos locales y eso significa, siguiendo al Tribunal, que no se permite la intervención autonómica en la creación y regulación de los tributos propios de los entes locales. Continúa entendiéndose, por tanto, que es el Estado el que garantiza de forma exclusiva y excluyente la autonomía y suficiencia local, y la determinación de los tributos propios de las corporaciones locales es una concreta potestad normativa del Estado que tiene como inmediata finalidad garantizar la suficiencia financiera de tales corporaciones (STC 233/1999, FJ 22).

6.

Entendemos que los argumentos que utiliza el Tribunal no eran los únicos a su alcance, ya que, tal y como quedó redactado el Estatuto, se debía de entender que esa capacidad legislativa quedaba supeditada a lo que estableciera la normativa estatal. De esta manera, creemos que la capacidad legislativa para establecer y regular tributos propios locales quedaba limitada actualmente a las materias no básicas y que no son, por tanto, competencia del Estado. Y la situación

va a ser la misma a partir de la Sentencia; la legislación autonómica no va a poder incidir en la creación de tributos propios locales, pero sí en la creación de otras normas que regulen otros aspectos, como sería la gestión o la cuantificación de los tributos.

7.

De todas maneras, entendemos que el Tribunal podría haber interpretado el precepto de manera más amplia y ello porque creemos que pueden existir varios títulos competenciales, que se podrían haber tomado en consideración para no llegar a esa situación de inconstitucionalidad: en primer lugar, las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas, en relación con el régimen local, ya que aquellas pueden configurar, respetando los límites estatales, de la manera que más convenga a cada Comunidad Autónoma según el territorio. En segundo lugar, las competencias que el Estatuto atribuye a la Comunidad Autónoma sobre las funciones que corresponden al Estado sobre las corporaciones locales y cuya transferencia autoriza la legislación de régimen local, regulado 148.1.2 de la CE. Y por último, las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas respecto a la tutela financiera de los entes locales.

Entendemos que el legislador estatal debe dejar un margen de intervención normativa a las Comunidades Autónomas en la ordenación del sistema tributario local, y eso significa, a nuestro entender, que el ejercicio del poder tributario del Estado no condicione las competencias materiales asumidas por las Comunidades Autónomas en relación con el régimen local, como se indicó en la STC 49/1995, en la que se afirma: «Ha de exigirse un ejercicio coordinado de las competencias financieras y de las competencias materiales de los entes públicos que integran la organización territorial del Estado, de modo que no se produzca un vaciamiento –material y financiero– correspondiente a las esferas respectivas de soberanía y autonomía de los entes territoriales.»

8.

Por otra parte, creemos que no parece posible incluir dentro de «Hacienda general» a la totalidad de la Hacienda local; no toda la Hacienda es competencia del Estado, sino únicamente la general; y es que, además, cuando el Estado regula cuestiones referentes a la Administración local, no debe desconocer la deli-

mitación competencial existente entre el Estado y determinadas Comunidades Autónomas, como la catalana. Y eso es así porque es una interpretación que permite armonizar lo dispuesto en el artículo 149.9 CE con lo establecido en el artículo 149.1.18, correspondiendo al Estado la regulación de bases de las Haciendas locales.

9.

Nos extraña que el TC no haya recordado lo manifestado en la STC 192/2000, la cual afirma que, sin perjuicio de que la potestad de regular el sistema financiero local corresponda al Estado, dicha labor puede llevarse a cabo «con una cierta libertad de configuración», atendiéndose en todo caso a los límites necesarios derivados de la consagración constitucional de la autonomía financiera local. Hubiera sido un buen momento para abrir otras posibilidades o un replanteamiento constitucional de la titularidad de la potestad legislativa que permitieran diseñar un nuevo sistema financiero para los entes locales.

10.

Por otra parte, cuando el TC fundamenta la inconstitucionalidad en el artículo 133.2, que se refiere a que el poder tributario de los entes locales queda sometido a la CE y a las leyes, interpreta el concepto *leyes* en sentido restrictivo, refiriéndose solo a leyes estatales. No acoge por tanto, otra línea de interpretación, como es el lugar que ocupan los Estatutos de Autonomía dentro del sistema de fuentes, y considera, por tanto, dentro del concepto de *ley* a la ley autonómica, entendiendo que cuando el artículo 133.2 ordena la sujeción de la potestad tributaria de las entidades locales a las leyes, no se está aludiendo únicamente a las leyes estatales sino también a las autonómicas. Y ese es el sentido que podría haberse dado al precepto y que, por otra parte, es lo que viene entendiendo toda la doctrina que se ha dedicado al tema.

11.

Entendemos que el Tribunal no ha querido ni entrar a interpretar el precepto de manera amplia; ha preferido zanjar la cuestión utilizando la técnica de in-

constitucionalidad respecto a la redacción que ha dado el Estatuto, referente a la posibilidad estatutaria de establecimiento de tributos locales propios, lo que implica a nuestro entender, y como se ha manifestado, que otros aspectos referentes a la Hacienda local podrán ser regulados por las Comunidades Autónomas.

LA FINANCIACIÓN

Pere Sol i Ordís*

La Sentencia del Tribunal Constitucional dedica los fundamentos jurídicos 130 a 142 al título VI del Estatuto, que establece el modelo de financiación para la Generalitat de Cataluña y fija también el marco general de las Haciendas locales. La posición de partida del Tribunal se basa en una interpretación extensiva de las competencias del Estado a partir de la conexión de preceptos constitucionales diversos, como son la competencia exclusiva del Estado en materia de Hacienda general (art. 149.1.14 CE), la atribución al Estado de la potestad originaria para establecer tributos (art. 133.1 CE), la sumisión del ejercicio de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas a la coordinación con la Hacienda estatal y al principio de solidaridad (art. 156.1 CE), la posición de garante que corresponde al Estado para la realización efectiva del principio de solidaridad (art. 138.1 CE), y también la potestad para dictar una ley orgánica para regular «el ejercicio de las competencias financieras enumeradas en el anterior apartado 1, las normas para resolver los conflictos que pudieran surgir y las posibles formas de colaboración financiera entre las Comunidades Autónomas y el Estado» (art. 157.3 CE).

Este posicionamiento de partida se justifica especialmente en la jurisprudencia del mismo Tribunal Constitucional, de acuerdo con la cual la competencia estatal en la materia abarcaría el conjunto de normas y decisiones que se refieren a los principios y elementos determinantes de la coherencia del sistema tributario general, en la estructura funcional y orgánica de todas las Haciendas públicas, y que permitirían al Estado también delimitar las competencias financieras de las Comunidades Autónomas. En este sentido es bastante significativo que se llegue a afirmar que la coordinación en materia financiera que corresponde al Estado lleva implícita la idea de jerarquía (FJ 132). Por otra parte, el Tribunal reclama como única opción constitucional posible de negociación del sistema de financiación que esta se produzca en un órgano multilateral, hasta el punto que en el fundamento jurídico 134 se habla del «sistema multilateral de cooperación y coordinación constitucionalmente previsto», con lo cual el Tri-

* Pere Sol i Ordís, letrado del Parlamento de Cataluña

bunal Constitucional modifica la doctrina que había mantenido en la STC 181/1988 en la que afirmaba que el sistema que establecía el apartado 3 de la Disposición adicional sexta del Estatuto de 1979 —que el alcance y las condiciones de la cesión de tributos del Estado a la Generalitat lo debía establecer la Comisión Mixta paritaria establecida por el mismo Estatuto— era también un instrumento que permitía hacer compatible la autonomía financiera con la exigencia de coordinación con la Hacienda estatal y con la solidaridad. Con este planteamiento el Tribunal no sólo mantiene el *statu quo* del Consejo de Política Fiscal y Financiera, sino que preventivamente impediría *pro futuro* que por la vía de reforma estatutaria se pretendiera establecer para Cataluña un modelo de financiación al margen del que se ha llamado el *régimen común*.

Desde una perspectiva de conjunto, la Sentencia desapodera de valor normativo el título VI del Estatuto, ya que este queda supeditado plenamente a lo que pueda establecer la ley orgánica prevista en el artículo 157.3 CE, papel que actualmente realiza la LOFCA, y también atendiendo al hecho que se da rango *constitucional inevitable* a la multilateralidad y que no se reconoce al Estatuto naturaleza de pacto, en la medida en que en más de un caso el Tribunal declara que el Estado queda exonerado de cumplirlo.

En relación a los pronunciamientos del Tribunal que se trasladan al fallo, la Sentencia afecta a los preceptos del Estatuto relativos a los mecanismos de nivelación y solidaridad y al principio de ordinalidad (artículo 206, apartados 3 y 5), la Comisión Mixta de Asuntos Económicos y Fiscales Estado-Generalitat (artículo 210, apartado 1 y letras *a*, *b* y *d* del apartado 2), la participación de la Generalitat en tributos estatales (Disposiciones adicionales octava, novena y décima), las inversiones del Estado en infraestructuras (Disposición adicional tercera, apartado 1) y a la capacidad legislativa para el establecimiento de tributos locales (art. 218.2).

Con respecto a los mecanismos de nivelación y solidaridad, la Sentencia declara inconstitucional el inciso «siempre y cuando lleven a cabo un esfuerzo fiscal también similar» del apartado 3 del artículo 206 EAC. La norma estatutaria establecía esta condición como un requisito para que los recursos financieros de la Generalitat se pudieran ajustar para garantizar la nivelación y la solidaridad en las otras Comunidades Autónomas. El Tribunal considera que el nivel de participación en la nivelación y la solidaridad lo tiene que fijar el Estado, a partir de la competencia que le atribuye el art. 149.1.14 CE en conexión con los artículos 138.1 y 157.3 CE, después de «las actuaciones correspondientes en el seno del sistema multilateral de cooperación y coordinación constitucionalmente previsto». Lo que manifiesta la Sentencia, de hecho, ya lo habían

interpretado el Consejo de Política Fiscal y Financiera y el Estado, en la medida en que el Acuerdo del Consejo de Política Fiscal y Financiera 6/2009, del 15 de julio, para la Reforma del Sistema de Financiación de las Comunidades Autónomas de Régimen Común y las Ciudades con Estatuto de Autonomía, y la modificación de la LOFCA realizada mediante la Ley Orgánica 3/2009, de 18 de diciembre, había transformado el *esfuerzo fiscal similar* en la participación de las Comunidades Autónomas en el fondo de garantía de los servicios públicos fundamentales mediante un porcentaje de los tributos cedidos, *en términos normativos*, concepto que si bien responde a un tratamiento igualitario para las comunidades de régimen común, no es equivalente al *esfuerzo fiscal similar*.

La Sentencia también se pronuncia sobre el principio de ordinalidad, es decir, la garantía de que la aplicación de los mecanismos de nivelación no altere la posición de Cataluña en la ordenación de rentas per cápita entre las Comunidades Autónomas antes de la nivelación; el Tribunal, después de argumentar en el fundamento jurídico 134 que es contrario a la solidaridad y al equilibrio territorial que el resultado de la aplicación de los mecanismos de nivelación y de solidaridad tengan como resultado que quien contribuye quede en una condición relativa peor con relación a quien se beneficia de la contribución, interpreta el artículo 206.5 EAC en el sentido de que el precepto sólo es admisible si se refiere a los recursos que Cataluña aporta a los mecanismos de nivelación, de manera que excluye las aportaciones que pueda hacer el Estado, lo cual desnaturaliza el precepto y diluye los objetivos.

Con relación a la Comisión Mixta de Asuntos Económicos y Fiscales Estado-Generalitat, ya se ha señalado más arriba la constitucionalización de la multilateralidad. En este sentido la Sentencia reitera que las decisiones que afectan a la suficiencia financiera de las Comunidades Autónomas deben ser tomadas en el seno de órganos multilaterales y que el Estatuto no puede vincular al Estado para configurar el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas que considere más idóneo. De acuerdo con la interpretación del Tribunal, la Comisión Mixta regulada en el artículo 210 EAC pierde el rol que le atribuía el Estatuto como instrumento central de negociación del sistema de financiación de la Generalitat, y le deja una función secundaria «que complementa, sin cuestionarlo, el procedimiento general de toma de decisiones en el seno del órgano multilateral de colaboración y coordinación».

El Tribunal también hace una interpretación de las Disposiciones adicionales octava, novena y décima EAC, que establecen la obligación de que el primer proyecto de ley de cesión de impuestos posterior a la entrada en vigor del Estatuto incorpore un porcentaje de cesión determinado sobre los impuestos de la

renta de las personas físicas, sobre hidrocarburos, sobre las labores de tabaco, sobre el alcohol y bebidas derivadas, sobre la cerveza, sobre el vino y bebidas fermentadas, sobre los productos intermedios, y sobre el valor añadido. Esta interpretación pasa por considerar que el Estatuto no puede vincular el ejercicio de la potestad legislativa por las Cortes Generales. En este caso, el Tribunal cita la STC 181/1988, que consideraba que este tipo de previsiones estatutarias lo que introducían era una especialidad procedimental que afectaba al trámite previo a la iniciativa legislativa, vinculado a la lealtad constitucional y al principio de colaboración. La novedad que aporta la Sentencia, sin embargo, pasa por considerar que el alcance de estas disposiciones no es más que un compromiso entre la Generalitat y el Gobierno estatal de acordar en la Comisión Mixta la elaboración y el contenido del proyecto de ley, teniendo en cuenta, sin embargo, que la Comisión Mixta debe actuar con sujeción a aquello que se haya establecido en el marco de la cooperación multilateral y al ejercicio de las facultades de coordinación que corresponden al Estado. El 17 de julio de 2010, 20 días después de dictada la Sentencia, se publicó en el BOE la Ley 16/2010, del 16 de julio, del Régimen de Cesión de Tributos del Estado a la Comunidad Autónoma de Cataluña y de Fijación del Alcance y las Condiciones de dicha Cesión, que complementa lo que establecen las Disposiciones adicionales interpretadas por el Tribunal.

Más difícil de entender es la interpretación que hace al Tribunal del apartado 1 de la Disposición adicional tercera EAC, relativo a las inversiones del Estado en infraestructuras. Esta disposición establece que el Estado debe invertir en infraestructuras en Cataluña, durante un periodo de siete años, en una proporción equivalente a la participación relativa del producto interior bruto de Cataluña con relación al producto interior bruto del Estado. Esta proporción se debe aplicar sobre el conjunto de las inversiones del Estado en infraestructuras excluido el Fondo de compensación interterritorial. Esta disposición no forma parte del sistema de financiación de la Generalitat, es decir, no afecta directamente al volumen de recursos de que puede disponer la Generalitat para ejercer sus competencias, sino que se debe entender como un pacto político que pretende incidir en el déficit de inversiones del Estado en Cataluña acumulado a lo largo de los años. Posiblemente el Tribunal hubiera podido incidir más en el carácter de compromiso político de la Disposición, de modo que, sin negarle el carácter de disposición normativa que obliga a las Administraciones afectadas, esta obligación respondiera especialmente al principio de lealtad institucional. No obstante, la literalidad de la interpretación que se incluye en la Sentencia en el sentido de que la Disposición en cuestión «no vincula al Estado en la definición de su política de inversiones, ni menoscaba la plena libertad de las Cortes

Generales para decidir sobre la existencia y la cuantía de dichas inversiones», determina que se haya vaciado de contenido totalmente.

Finalmente, los fundamentos jurídicos 139 a 142 tratan de las finanzas de los gobiernos locales. De los artículos del Estatuto que tratan la materia y que fueron objeto de recurso (218, apartados 2 y 5, y 219, apartados 2 y 4), el Tribunal considera plenamente constitucionales el apartado 5 del artículo 218 y los dos apartados impugnados del artículo 219. Por el contrario declara inconstitucional que la competencia de la Generalitat en materia de financiación local pueda incluir la capacidad legislativa para establecer y regular los tributos propios de los gobiernos locales. La posición del Tribunal se fundamenta en una interpretación restrictiva de los apartados 1 y 2 del artículo 133 CE, en el sentido de que la creación y la regulación de los tributos locales solo puede hacerse mediante una ley estatal, lo que califica de «potestad exclusiva y excluyente del Estado que no permite intervención autonómica». La interpretación es restrictiva, porque lo que establece el artículo 133.1 CE es que la potestad originaria para establecer tributos corresponde exclusivamente al Estado mediante una ley, lo cual no implica necesariamente que el Estado no pueda establecer un marco de actuación de las Comunidades Autónomas en este ámbito; de hecho la norma estatutaria declarada inconstitucional se sometía expresamente al marco establecido por la Constitución y la normativa del Estado, la cual, de forma *potestativa*, podía incluir la capacidad legislativa. Por otra parte, el principio de reserva de ley y de legalidad tributaria, que es lo que en realidad establecen el resto de preceptos constitucionales citados por el Tribunal, no distinguen entre ley estatal y ley autonómica, lo cual hace todavía más incomprensible la decisión de inconstitucionalidad en este aspecto.

14. LA REFORMA DEL ESTATUTO

No dirás el nombre del rey en vano (pero se interpreta que lo dices): la convocatoria del referéndum de ratificación de las reformas estatutarias por parte de la Generalitat después de la Sentencia 31/2010 (463-468)

Fernando Domínguez García

NO DIRÁS EL NOMBRE DEL REY EN VANO (PERO SE INTERPRETA QUE LO DICES): LA CONVOCATORIA DEL REFERÉNDUM DE RATIFICACIÓN DE LAS REFORMAS ESTATUTARIAS POR PARTE DE LA GENERALITAT DESPUÉS DE LA SENTENCIA 31/2010

Fernando Domínguez García*

Los preceptos impugnados relativos a la reforma estatutaria

Como es sabido, el título VII del Estatuto de Autonomía de Cataluña regula la reforma del propio Estatuto. Se da así cumplimiento a la previsión constitucional del primer inciso del artículo 147.3 CE (reiterada en el art. 152.2 *ab initio* CE) que indica que la reforma de los Estatutos de Autonomía se ajusta al procedimiento que ellos mismos establezcan. El segundo inciso del artículo 147.3 CE requiere que la reforma estatutaria cuente, en cualquier caso, con la aprobación de las Cortes Generales por ley orgánica. Y en relación con el Estatuto de Autonomía de Cataluña también es pertinente recordar que el artículo 152.2 *in fine* CE –aplicable en atención al procedimiento de aprobación del primer Estatuto de autonomía– contempla la necesidad de que la reforma estatutaria sea sometida a referéndum entre los ciudadanos de Cataluña.

El título VII del Estatuto de Autonomía de Cataluña comprende solo dos artículos: el artículo 222 EAC, que regula la reforma de los títulos estatutarios que no afectan a las relaciones con el Estado (título I sobre los derechos, deberes y principios rectores, y título II sobre las instituciones catalanas), y el artículo 223, que contempla la reforma del resto de títulos del Estatuto de Autonomía.

Noventa y nueve diputados del Partido Popular impugnaron cuatro preceptos de los mencionados artículos (222.1.b, 222.1.d, 223.1.d y 223.1.i EAC) basándose, principalmente, en dos motivos. En primer lugar, por la disminución del poder de aprobación del Estatuto por parte de las Cortes Generales (por el uso en algunos casos del término *ratificación* y no del término *aprobación*). Y, en segundo lugar, por las previsiones relativas a la convocatoria de referéndum de ratificación del Estatuto, donde no siempre estaría clara la intervención estatal en su autorización y por la no previsión de la convocatoria por parte del Rey.

* Fernando Domínguez García, letrado del Parlamento de Cataluña y profesor asociado de derecho constitucional de la Universidad Autónoma de Barcelona.

El pronunciamiento de la STC 31/2010

La STC 31/2010 hace una interpretación conforme de dos de los preceptos impugnados relativos a la reforma estatutaria declarando que los artículos 222.1.d y 223.1.i del Estatuto de Autonomía de Cataluña no son inconstitucionales si se interpretan en los términos establecidos en el fundamento jurídico 147 de dicha sentencia. Lo que no se puede decir es que la STC 31/2010 haga un pronunciamiento claro sobre la constitucionalidad de los otros dos preceptos impugnados (222.1.b y 223.1.d EAC) y se podría pensar que hace una interpretación conforme que no se ha llevado a la decisión final de la sentencia. Más contundente, el voto particular del magistrado Rodríguez-Zapata Pérez considera que la STC 31/2010 somete los preceptos impugnados «a una interpretación correctora, con un nuevo ejemplo de Sentencia oculta» (letra A del apartado IV de su voto particular). Hay que analizar brevemente la doctrina constitucional que la STC 31/2010 ha establecido respecto de estos asuntos.

En el caso de los artículos 222.1.b y 223.1.d, como se acaba de apuntar, el Tribunal Constitucional no encuentra ningún problema de constitucionalidad, ya que interpreta el sentido de los preceptos de una manera que no contradice la Constitución, aunque no declara expresamente que está haciendo una interpretación conforme. Los fundamentos jurídicos 143 a 145 van repasando los argumentos utilizados por los noventa nueve diputados del Partido Popular que impugnaron el Estatuto de Autonomía y van rechazando la interpretación que hacen de los preceptos estatutarios. Por una parte, el Tribunal Constitucional interpreta que el Estatuto de Autonomía no otorga ninguna diferencia a los términos *aprobación y ratificación* y que, por lo tanto, la redacción estatutaria no limita a las Cortes Generales en cuanto a sus facultades en el procedimiento de reforma estatutaria (FJ 143). Por otra parte, el Tribunal Constitucional hace una interpretación de la falta de previsión expresa sobre la autorización estatal para celebrar el preceptivo referéndum del artículo 222 EAC en el sentido de aplicar la autorización estatal prevista en el artículo 223 EAC (FJ 144). Y por último, el Tribunal Constitucional consigna que la autorización estatal para celebrar el referéndum se tiene que incluir en la ley orgánica de aprobación del Estatuto y no en texto del Estatuto (FJ 145).

En el caso de los preceptos 222.1.d y 223.1.i la interpretación que hace al Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 147 concluye que «la dicción del art. 62.c CE no se opone a que los referenda de reforma estatutaria, una vez autorizados por el Estado, sean convocados por el presidente de la respectiva Comunidad Autónoma, siempre en nombre del Rey. Interpretados en estos tér-

minos, los artículos 222.1.d y 223.1.i EAC no son contrarios a la Constitución, y así se dispondrá en el fallo». La argumentación del Tribunal Constitucional con relación a los preceptos 222.1.d y 223.1.i empieza estableciendo que las funciones del Rey con relación a los órganos estatales (previstas principalmente en el artículo 62 CE) solo se hacen extensibles a los órganos autonómicos cuando esté previsto expresamente, de tal forma que la convocatoria real de los referéndums de ámbito estatal se tiene que diferenciar del referéndum de ratificación de una reforma estatutaria que solo afecta a un órgano de la Comunidad Autónoma, como es su cuerpo electoral (FJ 146). En el fundamento jurídico 147 se analiza la posible incidencia del texto estatutario respecto del artículo 92.3 CE que reserva a la ley orgánica la regulación de las condiciones y procedimiento de las diferentes modalidades de referéndum previstas en la Constitución (actualmente la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre las Diferentes Modalidades de Referéndum). En esta norma, además, se expresa que corresponde al Rey convocar referéndum en todos los casos. El Tribunal Constitucional considera que el hecho de que los referéndums de ratificación de las reformas estatutarias correspondan a los presidentes de las respectivas Comunidades Autónomas es fruto de una «excepción pacíficamente consentida y, por lo tanto, conformadora de una suerte de convención constitucional ya consolidada» que, además, no contradice la Constitución —que solo hace una remisión a la ley orgánica—, sino el precepto legal al que la Constitución remite.

Las consecuencias prácticas de la interpretación conforme de la STC 31/2010 relacionada con la reforma estatutaria

En primer lugar, hay que intentar apuntar las consecuencias prácticas de las interpretaciones que la jurisprudencia constitucional hace de los preceptos contenidos en los artículos 222.1.b y 223.1.d EAC que, como se ha mencionado, son interpretados, aunque no hay formalmente una declaración de interpretación conforme. Se pueden señalar tres consecuencias principales. Primera: se ha establecido un mandato a las Cortes Generales para que incluyan la autorización estatal para celebrar el referéndum en la ley orgánica y no en el texto del Estatuto. Segunda: durante la tramitación de una reforma estatutaria catalana en el Parlamento español no se puede considerar que los preceptos estatutarios limiten la capacidad decisoria de las Cortes Generales —que es discutible que el Estatuto de Autonomía de Cataluña quisiera limitar—. Tercera: en el procedimiento de reforma previsto en el artículo 222 hace falta una autorización expresa de las Cortes

Generales en el mismo sentido que la prevista en el artículo 223. Puede parecer que esta última consecuencia es la que menos incidencia práctica tiene porque es obvio que siempre hace falta una autorización estatal para convocar el referéndum de ratificación de la reforma estatutaria. El propio Tribunal Constitucional ha insistido en la idea de que «las competencias atribuidas constitucionalmente al Estado no precisan de ninguna confirmación en los distintos Estatutos de Autonomía» (FJ 144). No obstante, se puede pensar que en este caso el Tribunal Constitucional va más allá de una interpretación conforme y produce lo que la doctrina ha denominado *sentencia manipulativa* porque introduce un precepto donde no lo hay (aunque acepte que no hace falta que esté).

En segundo lugar, hace falta aventurar cuáles son las consecuencias prácticas de la interpretación conforme que el Tribunal Constitucional realiza de los artículos 222.1.d y 223.1.i EAC, que decía que el presidente de la Generalitat puede convocar los referéndums de ratificación de las reformas estatutarias si se interpreta que lo hace «siempre en nombre del Rey».

Dado que el Estatuto de Autonomía de 1979 ya contemplaba que fuera la Generalitat quien convocara el referéndum de ratificación de las reformas estatutarias (artículos 56.3 y 57.c EAC 1979), fue el presidente de la Generalitat el que dictó el Decreto 170/2006, de 18 de mayo, por el que se Somete a Referéndum el Proyecto de Reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. Las expresiones utilizadas en el preámbulo del Decreto 170/2006, como «se debe proceder a someterlo a referéndum» o «corresponde convocarlo mediante este Decreto», o incluso expresiones del articulado, como «se somete a referéndum» (art. 1) o «el referéndum convocado mediante este Decreto» (art. 5) no implicaron una personalización de la convocatoria del referéndum de reforma estatutaria por la presidencia de la Generalitat ni menos aún un menosprecio de la normativa estatal reguladora de los referéndums (véase la normativa aplicable citada en el artículo 5). Este precedente, con su esmerado uso de la terminología y las atribuciones estatutarias, hace más difícil entender la necesidad de la interpretación constitucional producida.

Casi parece que el Tribunal Constitucional quiera que se haga constar expresamente que la convocatoria se realiza en nombre del Rey (lo que, por otra parte, obligaría a personalizar la convocatoria y utilizar un «convoco en nombre del Rey»). Aspecto formal que, por otra parte, no se ha seguido en todos los casos en que es obligatorio. Una novedad del nuevo Estatuto de Autonomía relacionada con la posibilidad de dictar decretos leyes es la cláusula contenida en el artículo 67.6.a EAC que indica que el presidente de la Generalitat los promulga en nombre del Rey. Los decretos leyes promulgados en el año 2007 y 2008 no

contuvieron esta fórmula y es el Decreto Ley 1/2009 el primero en que consta que la promulgación se hace «en nombre del Rey», como establece el nuevo Estatuto de Autonomía. Nadie impugnó ante el Tribunal Constitucional los decretos leyes de los años 2007 y 2008, así que no podemos saber cuáles son las consecuencias de esta carencia.

Si el propio Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 144, al tratar las impugnaciones relacionadas con la reforma estatutaria, recuerda que es doctrina constitucional que «las competencias atribuidas constitucionalmente al Estado no precisan de ninguna confirmación en los distintos Estatutos de Autonomía» y, por lo tanto, no hay que mencionar las competencias de los órganos estatales en vano, no se entiende por qué hay que decirlo en el Estatuto, pero se tiene que interpretar que se dice cuando se ejerce efectivamente la competencia.

Una pregunta queda abierta: ¿para llegar a este punto hacía falta una sentencia interpretativa con respecto a la reforma estatutaria?

Referencias a la reforma estatutaria en los votos particulares en la STC 31/2010

Una buena forma de acabar estas líneas es mirar las referencias a la reforma estatutaria en los votos particulares de la STC 31/2010, que también se pueden leer como lo que habría podido ser, en una especie de ciencia (jurídica) ficción.

Los magistrados Conde Martín de Hijas y Delgado Barrio, al final de sus votos particulares, comentan los artículos del Estatuto de Autonomía de Cataluña dedicados a la regulación de la reforma estatutaria. Ambos magistrados siguen principalmente una argumentación similar a la de los recurrentes, especialmente con relación a la limitación de las facultades de las Cortes Generales y al uso impropio del término *ratificación* en vez de *aprobación*, aunque en el primer caso también se pone el énfasis en la colisión de la regulación estatutaria con la Ley Orgánica 2/1980 sobre las diferentes modalidades de referéndum. Por su parte, el magistrado Rodríguez Arribas, también al final de su voto particular, hace consideraciones en relación a la regulación de la reforma estatutaria. Dicho magistrado se centra únicamente en la intervención del Rey y considera que los preceptos de los que la sentencia hace una interpretación conforme son, a su parecer, inconstitucionales por omisión de las prerrogativas reales.

El voto particular que contiene una posición más diferenciada de los recurrentes es el del magistrado Rodríguez-Zapata Pérez, que trata sobre la reforma estatutaria en la letra A del punto IV de su voto particular. El magistrado em-

pieza diciendo que la Ley Orgánica 2/1980 sobre las diferentes modalidades de referéndum es una de las leyes orgánicas que el Estatuto tendría que respetar y no lo hace. El magistrado Rodríguez-Zapata Pérez ve en la regulación de la reforma estatutaria otros motivos de inconstitucionalidad más allá de los alegados por los diputados del Partido Popular, como la posibilidad de retirada del Estatuto o la previsión de iniciativa popular para reformarlo y la regulación que de esta posibilidad se puede hacer por ley autonómica. Pero el argumento principal del magistrado es que con este procedimiento de reforma «ha sido modificada, en sentido federal, la forma del *Estado de las autonomías*» porque se ha privado al Estado del poder de reforma estatutaria y solo le queda utilizar la reforma constitucional para alcanzar este objetivo. De esta manera, según el magistrado, «se permite en el EAC ejercer como *poder constituyente prorrogado o sobrevenido*». Más allá de esto, considera que ni el preámbulo ni el título preliminar del Estatuto de Autonomía de Cataluña tienen establecido un procedimiento específico de reforma, lo que ve como expresión de su «irreformabilidad» y de la «potestad estatuyente» de la que es muestra.

Si se cogen solo estos comentarios referentes a la reforma estatutaria (y no todo el contenido de los respectivos votos particulares), se puede pronosticar que de ser mayoritaria la posición de los magistrados Conde Martín de Hijas y Delgado Barrio se hubiera dejado un procedimiento centrado en la fase autonómica y se hubiera previsto la convocatoria del referéndum por parte del Rey. En este último aspecto encontramos la coincidencia con el magistrado Rodríguez Arribas. En cambio, la argumentación del magistrado Rodríguez-Zapata Pérez, que por una parte tiene un trasfondo más teórico, pero por la otra es más punzante respecto de los diversos apartados del articulado, de ser mayoritaria habría dejado el título VII del Estatuto de Autonomía de Cataluña irreconocible.

15. NUEVOS HORIZONTES

El impacto de la Sentencia sobre otros
estatutos (471-474)

Víctor Ferreres Comella

La impugnación de la Sentencia:
posibilidades de acceso al Tribunal Europeo
de Derechos Humanos (475-478)

Antoni Bayona Rocamora

¿La Sentencia sobre el Estatuto catalán ante
el Tribunal Europeo de Derechos
Humanos? (479-484)

Argelia Querali Jiménez

La evolución jurídica hacia un estado
propio (485-493)

Hèctor López Bofill

Balance y perspectivas (494-501)

Mercè Barceló Serramalera, Xavier Bernadí

Gil y Joan Vintró Castells

EL IMPACTO DE LA SENTENCIA SOBRE OTROS ESTATUTOS

Víctor Ferreres Comella*

Una de las incoherencias más llamativas y lamentables que se han producido a lo largo del procedimiento que ha culminado en la Sentencia sobre el Estatuto catalán es que tanto el Partido Popular como el Defensor del Pueblo han impugnado normas de ese Estatuto que son idénticas o muy parecidas a otras que figuran en otros Estatutos de Autonomía, y que no han sido objeto de ningún recurso por su parte. Con independencia del juicio político que nos merezca esta doble vara de medir, el hecho es que se plantea ahora un problema de técnica jurídica un tanto delicado. En efecto, ¿qué impacto tiene la Sentencia que ahora comentamos, sobre los preceptos idénticos o muy similares que aparecen en otros Estatutos?

La respuesta no es sencilla, desde luego. El propio Tribunal Constitucional es consciente de la dificultad del problema cuando, en el FJ 2, al referirse a la cuestión «ahora meramente hipotética» de que haya otros Estatutos con disposiciones idénticas o similares a las impugnadas, se limita a recordar que su doctrina tiene efectos *erga omnes*, que el recurso de inconstitucionalidad no es el único medio para depurar el ordenamiento, y que hay que confiar en la correcta actuación del legislador democrático, que debe reformar los correspondientes preceptos que resulten contrarios a la Constitución, a la vista de la doctrina establecida en la Sentencia.

Con el fin de contribuir modestamente al debate que inevitablemente se abrirá acerca de este tema, me animo a proponer algunas ideas.

Ante todo, me parece útil distinguir entre los efectos *interpretativos* y los efectos *anulatorios* de la Sentencia. Empecemos por los primeros, que ofrecen menos dudas.

Un principio fundamental de nuestro sistema constitucional es que todas las disposiciones de rango inferior a la Constitución deben interpretarse a la luz de esta. Siendo el Tribunal Constitucional el supremo intérprete de la Constitución, ello significa que tales disposiciones deben leerse de manera que se ajusten a las doctrinas establecidas por el Tribunal Constitucional al interpretar la Constitución. El artículo 5.1 de la LOPJ lo dice muy claramente al proyectar so-

* Víctor Ferreres Comella, profesor de derecho constitucional de la Universitat Pompeu Fabra y Escuela Judicial.

bre los jueces ordinarios el mandato de interpretación conforme. Siendo ello así, parece claro que ningún juez en España puede dar a un precepto estatutario (haya sido impugnado o no) una interpretación que se desvíe de la interpretación conforme que ha fijado el Tribunal Constitucional en su Sentencia sobre el Estatuto catalán.

Dentro de este supuesto general de *interpretaciones de conformidad*, hay que englobar, a mi juicio, tres modalidades: *a*) interpretación que se lleva al fallo; *b*) interpretación que se explicita en los razonamientos, pero no se lleva al fallo; y *c*) interpretación que está implícita en los razonamientos (interpretación *encubierta*), en los que el Tribunal Constitucional da por sentado que la disposición enjuiciada no quiere decir cierta cosa, porque si lo dijera sería inconstitucional. En estos tres casos, entiendo, se produce doctrina vinculante para todos los jueces, pues la doctrina vinculante de la que habla el artículo 5.1 de la LOPJ es la que establece el Tribunal Constitucional «al interpretar la Constitución», y tal doctrina no tiene por qué aparecer necesariamente en el fallo. Al contrario, lo “natural” es que la doctrina del Tribunal Constitucional al interpretar la Constitución aparezca en los razonamientos, y que lo que se lleve al fallo (en su caso, si fuera necesario) sea una de las posibles consecuencias de aplicar esa doctrina a la correspondiente ley (u otra norma infraconstitucional) que ha sido objeto de examen. Y aunque es deseable que esa doctrina sea lo más “explícita” posible, no podemos descartar que haya doctrina “implícita” en los razonamientos del Tribunal Constitucional.

Alguien podría objetar que solo cabe extender los efectos interpretativos de la Sentencia del Tribunal Constitucional en las modalidades *b* y *c*, pero no en la modalidad *a*, ya que ésta supone, más que una *interpretación conforme*, una “reconstrucción” de la ley, y que tal cosa solo puede hacerla el Tribunal Constitucional, ley por ley. Ahora bien, lo cierto es que el Tribunal Constitucional no es muy riguroso (ni en esta Sentencia ni en otras muchas) a la hora de decidir cuándo hay que someter la ley a una mera *interpretación conforme*, y cuándo hay que llevar al fallo un pronunciamiento “reconstructivo” de la ley. En todo caso, vale la pena jugar aquí con categorías flexibles y ciertas dosis de pragmatismo. Un ejemplo nos puede ayudar. Como es sabido, en la Sentencia 74/1987, el Tribunal Constitucional enjuició la validez de un precepto de la LECrim que daba derecho a los detenidos a ser asistidos por un traductor si eran «extranjeros» que no entendieran o hablaran el castellano. El TC sostuvo que ese artículo no era inconstitucional si se entendía que no excluía de su supuesto de hecho al ciudadano español que, por circunstancias excepcionales, no entendiera o hablara el castellano. Pues bien, ¿puede haber duda alguna de que si los jueces or-

dinarios se encontraran con un precepto similar, en otro cuerpo legal, tendrían que reajustarlo por la vía interpretativa indicada por el Tribunal Constitucional en la referida Sentencia? Lo mismo vale, creo, para todo precepto estatutario afectado materialmente por las pautas interpretativas sentadas por el Tribunal Constitucional al interpretar la Constitución en la Sentencia sobre el Estatuto catalán.

La cosa se complica, naturalmente, en el segundo supuesto de los enunciados con anterioridad, es decir, cuando los preceptos del Estatuto catalán han sido total o parcialmente declarados inconstitucionales. ¿Cabe aquí extender los efectos anulatorios de la Sentencia a preceptos idénticos o similares? La respuesta que, en principio, tendemos a dar es negativa. Los argumentos, sin embargo, no son evidentes.

Se puede decir, por un lado, que el artículo 39.1 de la LOTC dispone que la sentencia que declare la inconstitucionalidad declarará la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros «de la misma ley», disposición o acto con fuerza de ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia. No cabe, pues, extender los efectos anulatorios a otra ley. Frente a este argumento, no obstante, cabe oponer que el artículo 39.1 LOTC regula la posibilidad de extender los efectos del fallo a otros preceptos «por conexión o consecuencia». Pero aquí nos estamos preguntando otra cosa: ¿qué efectos tiene la Sentencia para preceptos «idénticos o muy similares» a los anulados?

Otro argumento posible es que el Tribunal Constitucional, desde la STC 23/1988, ha dicho que su monopolio de control de constitucionalidad de las leyes posteriores a la Constitución no tiene fisuras, y que no resulta excepcionado por mucho que el juez ordinario se enfrente con una disposición cuyo contenido se corresponda con el de otra que en su día fue declarada inconstitucional por el TC (FJ 2). Ahora bien, quizás es hora de reconsiderar esta doctrina. Es comprensible que, en su momento, el Tribunal Constitucional recelara de los jueces que, con el argumento de que la inconstitucionalidad de una norma resulta clara a la vista de fallos anteriores del Tribunal Constitucional, pretendían efectuar por su cuenta el juicio de inconstitucionalidad. Ahora bien, no parece razonable llevar el monopolio del Tribunal Constitucional hasta límites extremos. Si, en efecto, es paladino que una determinada disposición del Estatuto andaluz, por ejemplo, es claramente inconstitucional, por ser idéntica o muy parecida a otra que figura en el Estatuto catalán y que ha sido anulada, no se gana mucho obligando a los jueces a elevar cuestiones de inconstitucionalidad.

Cabría objetar que es necesario plantear en todo caso cuestión al Tribunal Constitucional, para posibilitar al Parlamento y al Gobierno andaluz la defensa

de su Estatuto. La objeción es interesante, pero no es concluyente. ¿De verdad pensamos que es admisible que el Tribunal Constitucional, tras escuchar los argumentos del Parlamento y Gobierno andaluz, va a cambiar de criterio y “ben-decir” en Andalucía lo que ha rechazado en Cataluña? La integridad que debe tener un tribunal, en el sentido de ser mínimamente coherente con sus precedentes recientes, impide una actuación de este tipo. Tengamos en cuenta que, en los sistemas jurídicos en los que se ha desarrollado la doctrina del precedente, resulta inherente al sistema el que un litigante se vea sujeto a un criterio judicial ya establecido, a pesar de que ese litigante no fue parte en el procedimiento que dio lugar a la fijación del precedente en juego.

Por último, la flexibilización del modelo concentrado que estoy proponiendo aquí tiene la ventaja de que permite dar una respuesta pragmáticamente viable a una pregunta distinta, pero relacionada con la que estamos abordando: ¿qué sucede con las leyes ordinarias catalanas que reproducen claramente, en todo o en parte, el contenido de un precepto estatutario anulado? Pensemos, por ejemplo, en la ley por la que se instituye el Consejo de Garantías Estatutarias. Esta ley, siguiendo lo dispuesto en el Estatuto, atribuye al nuevo órgano la potestad de emitir dictámenes vinculantes para el Parlamento en materia de derechos estatutarios. El Tribunal Constitucional ha anulado el correspondiente precepto estatutario. ¿Puede el Consejo emitir todavía dictámenes vinculantes, porque la ley del Consejo de Garantías así lo prevé? ¿Hay que esperar a que el Tribunal Constitucional anule la correspondiente disposición legal? Llevar el monopolio de control de la constitucionalidad a este extremo sería incoherente con la finalidad última que perseguía el Tribunal Constitucional con su doctrina iniciada en la STC 23/1988: asegurar el respeto a su autoridad por parte de los diversos órganos del Estado.

LA IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA: POSIBILIDADES DE ACCESO AL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Antoni Bayona Rocamora*

De acuerdo con lo que establece el artículo 38.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, las sentencias dictadas en los procedimientos de inconstitucionalidad tienen valor de cosa juzgada y, por lo tanto, no son susceptibles de recurso ante el propio Tribunal, ni ante ninguna otra instancia judicial.

Sin embargo, no debemos olvidar que en virtud de las obligaciones contraídas por el Estado mediante convenios internacionales, pueden plantearse recursos ante instancias internacionales de naturaleza jurisdiccional, contra decisiones de órganos del Estado, cuando estas decisiones vulneren los derechos reconocidos por estos convenios.

En el caso de la Sentencia sobre el Estatuto, se podría explorar la posibilidad de acceso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en el marco que prevé el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH, Convenio de Roma, de 4 de noviembre de 1954). Esta línea de actuación tendría que salvar, sin embargo, diversos obstáculos de índole material y procesal que a priori parecen jugar en su contra.

El primero de ellos es la naturaleza de la cuestión debatida (recurso contra una ley) que parece alejarla del marco de un convenio pensado esencialmente para la garantía de los derechos de la persona. En este sentido hay que recordar que las demandas al TEDH están reservadas a personas físicas, a grupos de personas o a organizaciones no gubernamentales que se consideren víctimas de una violación del convenio.

Sin embargo, a pesar de tratarse de una decisión sobre un recurso de inconstitucionalidad de una ley (el Estatuto), no debemos olvidar que la aprobación de esta ley no ha sido una decisión estrictamente institucional (parlamentaria) sino que, en este caso concreto, ha sido necesario el concurso de la ciudadanía mediante el ejercicio directo del derecho de participación del artículo 23 CE, mediante referéndum preceptivo y vinculante. Desde esta perspectiva se puede afirmar, por lo tanto, que la *causa* de la cual ha conocido el Tri-

* Antoni Bayona Rocamora, letrado del Parlamento de Cataluña.

bunal Constitucional es también una causa de los ciudadanos que refrendaron el Estatuto, en tanto que estos han sido también coautores de la norma.

El artículo 6 del CEDH reconoce a los ciudadanos el derecho a que sus causas sean escuchadas y resueltas equitativamente por un tribunal «independiente e imparcial». La jurisprudencia del TEDH ha considerado incluidos dentro del ámbito del artículo 6 a los tribunales constitucionales, en la medida en que lo que cuenta a efectos del convenio es que el organismo ejerza una función jurisdiccional, al margen de su naturaleza o configuración institucional. En materia de independencia e imparcialidad, el TEDH ha elaborado a lo largo de los años una doctrina según la cual entiende que estos principios no tienen únicamente una dimensión subjetiva, sino también *objetiva*, es decir, aquella que se puede apreciar por medio de elementos externos objetivamente contrastables. En este sentido, el TEDH ha destacado reiteradamente que las apariencias son importantes y que, en este caso, está en juego directamente la confianza que los tribunales de una sociedad democrática tienen que inspirar en la ciudadanía sobre la capacidad que tienen para actuar de acuerdo con los principios del artículo 6 del Convenio. De acuerdo con esta doctrina, el TEDH considera que se puede apreciar la vulneración de este artículo cuando en la actuación de un tribunal concurren circunstancias objetivas que puedan generar en los afectados prejuicios justificados sobre la independencia e imparcialidad del tribunal.

A lo largo del proceso seguido por el Tribunal Constitucional en los recursos contra el EAC, se han hecho evidentes diversos elementos que podrían tener relevancia a los efectos que se acaban de exponer y que hay que mencionar, aunque sea de forma resumida.

El primero de ellos es la deriva política bajo la cual se está haciendo desde hace años la designación de los miembros del Tribunal Constitucional, que ha sustituido la finalidad perseguida por la Constitución (que los miembros tengan el perfil de juristas de reconocida competencia con garantías de actuación independiente de acuerdo con el artículo 159 CE), por una bien diferente que tiene como objetivo principal intentar reproducir en el seno de la institución los elementos que son propios de la correlación de fuerzas políticas. Esto se ha visualizado públicamente en la configuración de los bloques llamados *progresistas* y *conservadores*, que dan una imagen del Tribunal más propia de una instancia de decisión política que jurisdiccional.

El segundo son las incidencias graves que se han producido a lo largo del proceso, entre las cuales hay que destacar los incidentes de recusación de magistrados utilizados claramente para afectar a los equilibrios internos del Tribunal y no siempre resueltos con el mismo criterio. En este punto hay que precisar que

diversos magistrados que en el recurso previo de amparo interpuesto contra la admisión a trámite del Proyecto de Estatuto en las Cortes calificaron esta iniciativa de «reforma encubierta de la Constitución», se han pronunciado en la sentencia sobre el Estatuto, a pesar de la evidencia de este prejuicio previamente formulado. Otra interferencia a destacar es la del mismo legislador, quien durante el proceso modificó la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para garantizar la continuidad en el cargo de su presidenta, con los efectos que eso tiene sobre el voto de calidad en caso de empate.

El tercer elemento objetivable que repercute indefectiblemente sobre los principios de independencia e imparcialidad de la institución es la anómala situación en la que se ha encontrado el Tribunal con respecto a su composición en el momento de dictar la Sentencia sobre el EAC. La Constitución establece un mandato temporal de sus miembros que se ha incumplido con creces por falta de renovación de un número importante de ellos, circunstancia que contamina gravemente el organismo y que afecta al derecho a que la causa sea juzgada por el juez “predeterminado” por la ley. Todo ello en un contexto en que los que tenían que promover la renovación se han manifestado incluso contrarios a hacerlo antes de dictarse la Sentencia en claro incumplimiento de un mandato constitucional.

Más allá del debate y las posibilidades de demostrar en este caso el incumplimiento del artículo 6 del Convenio con base en la perspectiva *objetiva* de los principios de independencia e imparcialidad, hay que tener presente que desde la perspectiva procesal habría que superar también algunos inconvenientes derivados del artículo 6 del CEDH.

El artículo 6 parece partir del principio de que la actuación del tribunal se haya producido en relación a una causa en la cual ha sido parte la persona que pide el amparo del TEDH. En el caso que nos ocupa, es evidente que esto no ha sucedido, ya que los ciudadanos no están legitimados para comparecer en el recurso de inconstitucionalidad, incluso en caso de que la aprobación de la ley haya requerido un referéndum positivo.

Sin embargo, cuando el artículo 6 del CEDH dice que toda persona tiene derecho a que «su causa» sea escuchada por un tribunal que cumpla las garantías que el precepto establece, también se podría entender que lo que es esencial es que el objeto del proceso pueda considerarse como propio del ciudadano y es en este punto donde adquiere relevancia la conexión que se da entre el objeto del proceso (el EAC) y el ejercicio del derecho de participación ciudadana que ha sido necesario para su misma existencia. Dicho de manera más sencilla y directa, en este caso el Tribunal Constitucional no ha juzgado solo un acto parlamentario, sino un acto que es también fruto del ejercicio de un principio tan bá-

sico como es el de participación política. Aunque el CEDH prevé que el acceso al TEDH solo se puede producir una vez agotadas las vías de recurso internas, hay que tener presente que la jurisprudencia del Tribunal ha declarado que el cumplimiento de este requisito se puede excepcionar cuando no hay recurso posible y que tampoco es exigible que se deban haber utilizado vías de recurso que no estén al alcance del afectado. La legitimación tasada en los procedimientos de inconstitucionalidad permitiría aplicar en este caso esta excepción para salvar el obstáculo que puede suponer que la persona que accede al TEDH no haya sido parte en el proceso interno.

Un último problema que el acceso al TEDH debería salvar es el requisito que establece el artículo 6 del Convenio de que el derecho afectado tenga «carácter civil». La cuestión a determinar es si el derecho de participación del artículo 23 CE, que es el que se podría alegar en este caso como afectado, puede recibir esta consideración. La jurisprudencia del TEDH no es inequívoca en cuanto al alcance de la moción de derecho de carácter civil y se pueden encontrar decisiones que lo acotan a un sentido estricto o de afectación de derechos privados o patrimoniales, y otras que acogen una visión más amplia en la línea anglosajona de los *Civil Rights*. En este sentido, se puede apreciar cómo en los últimos tiempos el TEDH se está inclinando por una lectura no restrictiva del artículo 6.1 que lo ha llevado, por ejemplo, a considerar como derecho de carácter civil la defensa por parte de una organización no gubernamental del interés general medioambiental vinculado al derecho de participación en los asuntos públicos (decisión de admisión a trámite del *Colectivo Stop Melox et Mox contra Francia*, de 28 de marzo de 2006), sin necesidad de tener que demostrar un daño o afectación económica o patrimonial. En esta misma línea se puede ver también la decisión del TEDH de 24 de febrero de 2009 (asunto *L'Erablière A.S.B.L. contra Bélgica*).

Desde esta perspectiva, sería posible pensar en la actuación de una entidad o plataforma cívica que actuara en defensa del derecho de participación expresado en referéndum para la aprobación del Estatuto, como derecho que ha quedado afectado por la decisión del Tribunal a los efectos del artículo 6.1 del CEDH. Otra posibilidad a considerar sería la actuación de un partido o partidos políticos que hicieron campaña a favor del Estatuto, teniendo en cuenta su naturaleza asociativa privada y su función como instrumentos fundamentales para la participación política que les atribuye el artículo 6 de la Constitución.

En todo caso, hay que recordar que de acuerdo con lo que establece el artículo 35 del CEDH, el plazo para recurrir delante del TEDH es de seis meses a contar desde la fecha de la Sentencia del Tribunal Constitucional.

¿LA SENTENCIA SOBRE EL ESTATUTO CATALÁN ANTE EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS?

Argelia Queralt Jiménez*

Ante la situación creada por la STC 31/2010, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad (RI) contra el Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC) aprobado en el 2006, el Parlamento de Cataluña ha suscitado un debate sobre diferentes alternativas que tienden a poner de manifiesto que el procedimiento de discusión y la resolución final de este recurso no se han realizado cumpliendo las reglas constitucionales y democráticas de juego. Concretamente, algunas voces han apuntado la posibilidad de llevar esta cuestión ante el Tribunal de Estrasburgo (TEDH), jurisdicción internacional encargada de velar por el cumplimiento de los derechos y libertades fundamentales reconocidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), tratado internacional del que el Estado español es parte.

Dejando ahora de lado valoraciones políticas y estratégicas sobre cómo actuar en relación con la STC sobre el EAC, haciendo un ejercicio de abstracción se pueden encontrar diversas líneas de argumentación jurídica relacionadas con la afectación de los derechos convencionales con que podrían fundamentarse, hipotéticamente, una demanda en Estrasburgo. Así, muy sintéticamente, se podría alegar que el procedimiento seguido para resolver el RI contra el EAC no se ha hecho respetando el principio de imparcialidad judicial que es una de las garantías de la tutela judicial efectiva reconocida en el art. 24 CE y del procedimiento debido reconocido en el art. 6.1 CEDH. Algunos sectores consideran que la composición del Tribunal Constitucional durante la tramitación del recurso y la actuación de algunos de sus miembros han puesto en entredicho la legitimidad de todo el procedimiento. Muy brevemente, el partidismo –que supone algo más que la politización– de los miembros del Tribunal Constitucional provoca que se pueda poner en duda su imparcialidad a la hora de emitir sentencia en este caso, es decir, que la ciudadanía tenga dudas sobre la neutralidad judicial de sus miembros. Esta situación, de acuerdo con jurisprudencia abundante y consolidada del TEDH supondría una vulneración, como mínimo, de la vertiente objetiva de la imparcialidad judicial del art. 6 CEDH (STEDH *Piersack*

* Argelia Queralt Jiménez, profesora de derecho constitucional de la Universidad de Barcelona.

contra Bélgica, de 1 de octubre de 1982, *Buscemi contra Italia*, de 16 de diciembre de 1999).¹

Por otra parte, y sin perjuicio de los condicionamientos que se expondrán acto seguido, se podría plantear que una persona o grupo de personas que se consideraran afectadas por las presuntas vulneraciones del procedimiento seguido ante el Tribunal Constitucional para resolver el RI contra el EAC 2006 y la Sentencia resultante interpusieran contra el Estado español una demanda por vulneración del derecho reconocido en el art. 6 CEDH en el sentido siguiente: el citado recurso ante el Tribunal Constitucional fue interpuesto por el PP contra una ley para la aprobación de la cual debían concurrir tres voluntades democráticas diferentes: el Parlamento de Cataluña, las Cortes Generales y la ciudadanía de Cataluña a través del referéndum. Las dos primeras han participado y han presentado sus posiciones en relación con el objeto del recurso (de acuerdo con el art. 34 LOTC); en cambio, las personas que participaron en el referéndum no han tenido oportunidad de manifestar su posición sobre la supuesta inconstitucionalidad del EAC a pesar de haber sido parte indispensable para la aprobación de este último. Básicamente, esta situación se produce porque la Constitución y la LOTC configuran el RI como una vía directa y abstracta para impugnar las leyes y normas con rango de ley aprobadas por los representantes de los ciudadanos o, en su caso, por los Gobiernos central y autonómico. Ahora bien, la diferencia radica en que ninguna otra ley o norma con rango de ley necesita por mandato constitucional del referéndum popular para ser aprobada. En este contexto, se podría alegar ante el TEDH que la falta de una vía que permita la participación de los particulares en la tramitación del RI contra este tipo de Estatutos de Autonomía ante el Tribunal Constitucional supone una vulneración del art. 6 CEDH (negación de acceso a la justicia e igualdad de armas), y, de forma indirecta, la falta de respeto de estas garantías fundamentales del art. 6 CEDH supone una violación del derecho de participación democrática en tanto que se trata de un procedimiento jurisdiccional en que se puede negar la efectividad al ejercicio de aquel derecho (art. 3 Protocolo núm. 1 del CEDH).

1. Véase. J. García Roca y J. M. Vidal Zapatero, «El derecho a un Tribunal independiente e imparcial (art. 6. 1): una garantía concreta y de mínimos antes que una regla de la justicia», en J. García Roca y P. Santolaya (coords.), *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CEPC, 2.ª ed., Madrid, 2009, p. 378-380.

De hecho, se ha apuntado incluso el hecho de que la falta de renovación en tiempo y forma del Tribunal Constitucional podría suponer, al mismo tiempo, una falta de competencia objetiva que podría vulnerar el derecho al juez predeterminado por la ley reconocido también en el art. 24 CE y que eso podría suponer una vulneración del art. 6 CEDH. Ésta es una línea de defensa difícilmente emmarcable en la jurisprudencia del TEDH en esta materia.

Hasta aquí los argumentos de fondo que, hipotéticamente, podrían fundamentar una demanda ante el TEDH para atacar la STC sobre el EAC 2006. Veamos ahora cuál es la realidad procedimental y jurisprudencial del Tribunal de Estrasburgo que hace, en mi opinión, desaconsejable la utilización de esta vía.

El TEDH es una jurisdicción garante de los derechos y libertades de las personas físicas y jurídicas privadas. El objeto del recurso ante el Tribunal de Estrasburgo es, precisamente, la violación de los derechos reconocidos en el CEDH o en sus protocolos facultativos² por uno de los Estados parte del Convenio. Así, el art. 34 CEDH reconoce legitimación activa ante el Tribunal a cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una Alta Parte contratante de los derechos que reconocen el Convenio o sus protocolos. Es cierto que el Tribunal, a lo largo de los años, ha hecho una interpretación muy extensiva de este precepto de forma que se ha ampliado considerablemente el concepto de víctima; tanto es así, que no solo se aceptan víctimas directas (STEDH *Amuur contra Francia*, de 25 de junio de 1996), sino que también pueden interponer demandas víctimas indirectas (STEDH *Ekinci contra Turquía*, de 18 de julio de 2000) y víctimas potenciales (STEDH *Klass y otros contra Alemania*, de 6 de septiembre de 1978).³ Ahora bien, estas víctimas son particulares. De hecho, el Tribunal en una jurisprudencia bastante abundante se ha encargado de recordar que los poderes públicos, precisamente porque ejercen este poder, no tienen reconocida legitimación activa para demandar a su propio Estado, pues ellos también son Estado (entre otras, Decisión de inadmisibilidad en el caso *Municipal Section of Antilly contra Francia*, de 23 de noviembre de 1999). En este sentido, es impensable que una demanda interpuesta por una institución pública catalana pueda superar la fase de admisión del Tribunal Europeo.

En caso de que un grupo de ciudadanos se prestara para demandar al Estado español por incumplimiento de sus obligaciones en el sentido antes explicado, se tendría que superar toda una serie de criterios de competencia y condiciones de admisibilidad (art. 35 CEDH). Así, entre los más relevantes, el grupo de ciudadanos mencionado tendría que construir un argumentario adecuado para demostrar que las supuestas irregularidades en el procedimiento de RI ante el TC les han afectado directamente en sus derechos esenciales y que, por lo tanto, pueden ser considerados víctimas en el sentido reconocido por el CEDH y la

2. El Estado español es parte de todos ellos.

3. *In extenso*, A. Queralt Jiménez, *El Tribunal de Estrasburgo: una jurisdicción internacional de protección de los derechos fundamentales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, p. 180 y ss.

jurisprudencia del TEDH. Además, tendría que superar la exigencia de haber agotado las vías internas de tutela de los derechos. Se podría aducir que, si bien es cierto que los demandantes en Estrasburgo no han sido partes en el procedimiento constitucional, no lo han sido porque la ley no se lo permite. Tampoco existe ninguna otra vía real y efectiva, condiciones exigidas por la jurisprudencia del TEDH (casos *Akdivar contra Turquía*, 16 de septiembre de 1996, o *Selmouni contra Francia*, de 28 de julio de 1999), a través de la cual estos particulares podían intentar la tutela de sus derechos, pues, en este caso, el poder público que supuestamente los ha vulnerado ha sido el Tribunal Constitucional, último garante de los derechos constitucionales.

Asimismo, el TEDH podría utilizar para no admitir la demanda la condición de que esta sea incompatible con las disposiciones del Convenio o de sus protocolos, que esté manifiestamente mal fundamentada o que sea abusiva. Esta es una cláusula que el TEDH aplica a menudo cuando considera que las partes presentan unas pretensiones que poco tienen que ver con el ámbito de garantía del Convenio. De hecho, este fue el motivo que utilizó el TEDH para no admitir la demanda presentada por el PNV en contra de la decisión del Tribunal Constitucional de anular la ley vasca de consultas populares. Cabe tener en cuenta, además, que la Decisión de inadmisión europea fue tomada por un juez único, formación del TEDH encargada de filtrar las demandas que pueden ser rechazadas *in limine*.⁴

Quedaría, finalmente, superar la nueva condición de admisibilidad incorporada en la última reforma del sistema que entró en vigor el día 1 de junio de 2010: no se admitirá la demanda si «el demandante no ha sufrido ningún perjuicio importante, excepto si el respeto de los derechos humanos garantizados por el Convenio y por sus protocolos exige un examen del fondo de la demanda y con la condición de no rechazar por este motivo ningún caso que no haya sido debidamente examinado por un tribunal interno». Se podría entender que dado que los demandantes individuales no han tenido ninguna vía interna posible para hacer valer sus pretensiones la demanda tendría que ser admitida. Ahora bien, de nuevo, se tendrían que haber superado previamente el resto de condiciones antes mencionadas, cosa que en términos jurídicos estrictos es bastante improbable.

En el hipotético caso de que el Tribunal Europeo admitiera la demanda, ninguna de las cuestiones de fondo planteadas tienen una respuesta previa y clara en su jurisprudencia; por lo general, la actitud de esta jurisdicción internacional ante situaciones en que están implicadas las instituciones estatales y las rela-

4. Este tipo de decisiones no son ni motivadas ni publicadas.

ciones que entre ellas se establecen es muy cautelosa. En todo caso, para poder hacer una valoración de las posibles respuestas habría que realizar un estudio detallado de la jurisprudencia del TEDH. Teniendo en cuenta que este no es el momento para llevar a cabo esta tarea, sí que se pueden dar algunas pistas de una hipotética respuesta sobre el fondo del TEDH. Es cierto que, por ejemplo, en la STEDH *Ruiz Mateos contra España*⁵ el Tribunal declaró que el hecho de que el demandante no hubiera participado en la tramitación de la cuestión de inconstitucionalidad delante del Tribunal Constitucional suponía una violación del art. 6 CEDH. Pero más tarde, en el caso *Gorraiz Lizarraga y otros contra España*⁶ declaró que dado que las circunstancias concretas y especiales del caso *Ruiz Mateos* no concurrían en el caso estudiado, se desestimaban las pretensiones del particular a este respecto. Además, para poner otro ejemplo de las dificultades que presentan las cuestiones de fondo presentadas, en relación con la participación política, hay que tener en cuenta que la interpretación del TEDH respecto del Protocolo n.º 1 del CEDH es muy restringida y que no se puede hablar de la protección del conjunto de derechos derivados del principio democrático⁷, como sería la participación en referéndums, sino que el TEDH se mantiene bastante ligado a la literalidad del precepto que se limita a proteger el derecho a participar activamente y pasivamente en unas elecciones libres.⁸

Finalmente, en cuanto a los efectos de una potencial sentencia estimatoria, es difícil imaginar el escenario que se plantearía. Las sentencias del TEDH son declarativas y obligatorias, lo cual significa que no son títulos ejecutivos, pero los Estados parte quedan obligados a ejecutarlas. El art. 41 CEDH prevé que el TEDH pueda establecer una satisfacción equitativa ante la imposibilidad de restablecimiento de los afectados en sus derechos. Pues bien, más allá del pago de esta compensación satisfactoria —que los Estados cumplen regularmente—, son muchas las posibilidades que quedan englobadas en la expresión «ejecutar una sentencia» del TEDH.⁹ La declaración de violación del CEDH genera en el Estado demandado una obligación por la cual se compromete jurídicamente a po-

5. STEDH de 23 de junio de 1993.

6. STEDH de 27 de abril de 2004.

7. Este principio es reconocido por la propia jurisprudencia del TEDH como *Bedrock* del sistema, pero esta naturaleza no implica el reconocimiento inmediato de derechos no expresamente previstos en el CEDH.

8. Véase. F. J. García Roca, «Del compromiso internacional de los Estados de organizar elecciones libres al derecho de sufragio de los ciudadanos (art. 3 P1 CEDH)», en *La Europa de los Derechos, op.cit.*, p. 905 y ss.

9. *In extenso* sobre estas cuestiones véase A. Queralt Jiménez, *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, CEPC, Madrid, 2009, p. 7 y ss.

ner fin a la violación si todavía genera efectos y, en la medida del posible, a restablecer a la persona afectada en su situación originaria, y en su caso, a compensar a la víctima por los daños sufridos. Aparte de estos efectos ligados a la concreta violación, existe cierto acuerdo en que las sentencias del TEDH generan en el Estado la obligación de evitar que el ilícito convencional se repita y con esta finalidad el Estado tendrá que tomar las medidas generales adecuadas. En el asunto que ahora examinamos los particulares podrían recibir una compensación, pero las medidas imaginables serían seguramente *pro futuro* en el sentido que de la sentencia se derivara la exigencia al Estado español de modificar la LOTC de forma que, en su caso, se previera la participación de los ciudadanos en el procedimiento de impugnación de los Estatutos de Autonomía aprobados o reformados con referéndum. Dicho de otra forma, la sentencia, aparte de las implicaciones políticas, no supondría una «recuperación» del Estatuto íntegro de 2006, es decir, del texto estatutario aprobado por referéndum por el pueblo de Cataluña el 18 de junio de 2006, sino, como mucho, una remota posibilidad de volver a abrir el contencioso constitucional delante del Tribunal Constitucional, con representación, esta vez, de la ciudadanía. Eso supondría ejecutar la STEDH, cosa que nuestra jurisdicción constitucional solo ha hecho en una ocasión, después de la primera condena de Estrasburgo contra España por vulneración del art. 6 CEDH (STC 245/1991).

LA EVOLUCIÓN JURÍDICA HACIA UN ESTADO PROPIO

Hèctor López Bofill*

Legitimidad del Estado propio

Por encima de las reglas constitucionales está la democracia y la legitimidad política que la democracia concede. Aunque una norma constitucional (o la interpretación de esta norma constitucional) prohíba la secesión de una parte del territorio de un Estado, si la mayoría de los ciudadanos de este territorio expresan de forma clara la voluntad de crear un nuevo Estado con respeto a los derechos fundamentales y sin violencia, este acto tiene plena legitimidad y satisface los criterios establecidos por las normas de derecho internacional público.

Parece claro que un gesto unilateral de independencia de una Comunidad Autónoma del Estado español, sea por vía referendaria o sea por vía de declaración parlamentaria, es contrario en la Constitución Española de 1978, tal como ha puesto inequívocamente de manifiesto la jurisdicción constitucional con su interpretación del concepto de *nación* y de la referencia a la «indisoluble unidad de la Nación española» del artículo 2 CE. Una redistribución de atributos de soberanía, sea para conceder un poder originario a una parte del territorio del Estado en una unión de tipo federal, sea para la construcción de un Estado propio, exigiría reforma constitucional por la vía agravada de acuerdo con el artículo 168 CE (STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 12; STC 103/2008, de 11 de septiembre, FJ 4). De todos modos, el análisis histórico de los procesos de independencia ocurridos desde finales del siglo XVIII (es decir, desde la aparición del Estado constitucional, al menos a partir de la declaración de independencia de los Estados que después formarían la federación de los Estados Unidos de América) y un estudio comparativo de las independencias recientes señalan que la contradicción entre la secesión y la norma constitucional del Estado matriz no comporta la ilegitimidad de la secesión.¹

* Hector López Bofill, profesor agregado de derecho constitucional de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona

1. Sobre el derecho de secesión desde la perspectiva de la filosofía moral y política, y también desde la perspectiva jurídico-constitucional, véase, entre muchos otros: Buchanan Allen, E.: *Secession. The morality of political divorce from Fort Sumter to Lithuania and Quebec*, Westview Press, Boulder/St. Francisco/Oxford, 1991; Horowitz, Donald D.: «¿A Right to Secede?», en *Secession and Self-determination*,

La independencia de Cataluña sería, en esta coyuntura, contraria a la Constitución Española de 1978 pero eso no significaría que fuera ilegítima. Pues hay que separar con precisión el discurso sobre la constitucionalidad del discurso sobre la legitimidad política (y también del discurso sobre la legalidad internacional).² Así, una expresión mayoritaria de la voluntad del pueblo de Cataluña a favor de la independencia, sea a través de sus representantes o sea a través de un referéndum, con respecto a los derechos y libertades, a pesar de ser contraria a la Constitución de 1978, podría disfrutar de legitimidad para fundar un nuevo orden constitucional y no violaría el derecho internacional.

En la historia de las creaciones de órdenes constitucionales, en los llamados momentos constituyentes, aunque los procesos sigan las reglas previstas por el orden constitucional del Estado matriz, siempre hay un momento en el cual se toma una decisión situada fuera del orden existente: la decisión fundacional del nuevo Estado constitucional. En la actualidad, la legitimidad de esta decisión depende del respeto a variables democráticas y del respeto a los derechos y garantías de todos los ciudadanos que conforman la nueva comunidad independiente, cosa que ignifica un notorio avance en relación con los momentos constituyentes y rompedores del orden anterior que se encuentran en la base de algunos Estados constitucionales actuales en los cuales la experiencia histórica señala cómo la independencia se encontró asociada a capítulos violentos (me remito al mismo ejemplo de la independencia de los Estados americanos y de su lucha contra la corona británica).

Para ser más sutiles, habría que añadir que una declaración de independencia de Cataluña derivada de un procedimiento democrático no violaría la Constitución Española de 1978 porque los autores de la declaración de independencia catalana, al actuar como poder constituyente, no se encuentran atados por el marco constitucional español. No se trata de una falacia, o al menos lo es en la misma medida que este argumento fue reconocido por la Corte Internacional de Justicia en la opinión consultiva sobre la declaración de independencia de Kosovo, al estimar que los autores de la declaración de independencia

Stephen Macedo y Allen E. Buchanan (editores), New York University Press, Nueva York, 2003, p. 50-76; Mancini, Susanna: «Rethinking the boundaries of democratic secession: Liberalism, nationalism, and the right of minorities to self-determination», en *International Journal of Constitutional Law*, 6, n.º 3-4 (julio-octubre 2008), p. 553-584; Norman, Wayne: *Negotiating Nationalism: Nation-building, Federalism, and Secession in the Multinational State*, Oxford University Press, Oxford, 2006; Meadwell, Hudson: «Secession, States and International Society», en *Review of International Studies*, 25, n.º 3, (julio 1999), p. 371-87; Patten, Allen: «Democratic secession from a multinational State», en *Ethics*, 112, n.º 3 (abril 2002), p. 558-586; Sunstein, Cass R.: «Constitutionalism and Secession», en *University of Chicago Law Review*, 58, n.º 2 (abril 1991), p. 633-670.

2. López Bofill, Hèctor: *La independència i la realitat*, Editorial Moll, Mallorca, 2004, p. 19-20.

no podían violar el tejido de reglas constitucionales erigidas a partir de la Resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, porque actuaban fuera de estas normas constitucionales.³

1. Procesos de construcción de nuevos Estados

En las últimas dos décadas, principalmente como consecuencia de la aparición de una multitud de nuevos estados en la Europa del este, hemos asistido a un proceso de juridificación sobre la construcción de nuevas comunidades independientes. Aunque este conjunto normativo ha ido tejiéndose para dar respuesta a situaciones de hecho derivadas del colapso de federaciones que no sobrevivieron al paso de un sistema socialista a un sistema liberal-democrático (Unión Soviética, Yugoslavia, Checoslovaquia) y que en algunos de estos procesos la nueva realidad estatal emergió en el contexto de un grave conflicto armado (Croacia, Bosnia, Kosovo), la estructura jurídica de derecho internacional público resultante de este ciclo ha concretado, a pesar de todo, un conjunto de condiciones por las cuales una comunidad puede acceder a la condición de Estado a través de un procedimiento revestido de legitimidad democrática.

El cuerpo de derecho internacional público, pues, permite la superación de la vía de hecho, de la anomia, del *principio de efectividad* clásico de derecho internacional⁴ (es decir, de asociar la legitimidad a la capacidad de imposición de la orden del nuevo Estado reflejada a través del reconocimiento de los otros Estados), para arbitrar un sistema de *construcción democrática de la secesión*⁵. De aquí que, aunque las realidades de los procesos convulsos de los nuevos Estados en la Europa del este sean muy diferentes a la de las democracias adelantadas de la Europa occidental (el marco en el cual se encuentra Cataluña), el desarrollo normativo experimentado al calor de algunas de estas independencias tienen una incidencia directa como precedentes jurídicos con influencia sobre la Comunidad Internacional en el supuesto de que la población de un territorio de la Europa occidental actualmente incluida en otro Estado tuviera la pretensión de ejercer un gesto de soberanía.

No obstante lo que acabamos de decir, el precedente de derecho comparado sobre la construcción democrática de nuevos Estados (e inspirador de las expe-

3. Corte Internacional de Justicia, Opinión consultiva sobre la adecuación al derecho internacional de la declaración de independencia de Kosovo de 22 de julio de 2010, párrafo 121.

4. Kelsen, Hans: *Teoría general del Derecho y del Estado*, UNAM, México, 1995, p. 262.

5. López Bofill, Hèctor: *Nous estats i principis democràtics*, CETC/Angle Editorial, Barcelona, 2009, p. 54-69.

riencias más recientes recogidas en derecho internacional público) procede de un ámbito de condiciones jurídicas y políticas propias de una democracia adelantada: el intento de secesión de Quebec de la federación del Canadá⁶ en el referéndum de 30 de octubre de 1995 y las reglas derivadas de la opinión consultiva de la Corte Suprema de Canadá de 20 de agosto de 1998, con el trasfondo del mencionado referéndum de tres años antes, en el cual la opción favorable a la independencia fue derrotada por 52.448 votos. Como es suficientemente conocido, dentro del contexto de una organización territorial basada en el principio federal (por otra parte bastante diferente al Estado autonómico español con elementos de poder unitario y centralizado, como se ha puesto de manifiesto en la ya citada STC 31/2010, de 28 de junio, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña), la Corte Suprema de Canadá entendió que si una mayoría clara de los ciudadanos de Quebec optaban por la secesión, de acuerdo con el principio democrático (no según el derecho a la autodeterminación de los pueblos reconocido en derecho internacional –pero éste es un tema ahora secundario–), el Gobierno federal y las otras provincias tenían la obligación de negociar la separación.⁷

La experiencia canadiense aportó una perspectiva decisiva para incorporar la cuestión de la estatalidad al debate democrático y superar el vínculo entre creación de nuevos estados y avatares históricos sin base democrática tales como conquistas, guerras, anexiones o situaciones de fuerza, después legitimadas a través de la invocación al poder constituyente y la aprobación de una constitución.⁸ Tanto es así, que la legitimidad de la creación de un nuevo Estado, si esta opción se encuentra apoyada por una mayoría clara de la ciudadanía del territorio que se plantea la secesión (en el caso de Quebec, a través de un referéndum), se ha convertido en uno de los principales referentes para movimientos independentistas en la Europa occidental (en este sentido habría que destacar la influencia quebequesa en los planteamientos secesionistas en Escocia⁹), y también lo ha sido para la construcción del aludido régimen jurídico sobre la sece-

6. Así Anderson, Lawrence: «Federalism and secessionism: institutional influences on nationalist politics in Québec», en *Nationalism and Ethnic Politics*, 13, n.º 2 (abril 2007), p. 187-211.

7. Chacón, Carmen y Ruiz Robledo, Agustín: *El dictamen sobre la secesión de Quebec: un comentario*, Fundación Carles Pi i Sunyer, *Punt de Vista* número 5, Barcelona, 1999; Pérez Tremps, Pablo: *El marco (a)constitucional del debate sobre la secesión de Quebec*, Fundación Carles Pi i Sunyer, *Punt de Vista* número 21, Barcelona, 2004.

8. Kymlicka, Will: «Territorial Boundaries. A liberal egalitarian perspective», en *Boundaries and Justice. Diverse Ethical Perspectives*, David Miller y Sohail H. Hashmi (editores), Princeton University Press, Princeton, 2001, p. 249-275.

9. Lynch, Peter: «Scottish independence, the Quebec model of secession and the political future of the Scottish National Party», en *Nationalism and Ethnic Politics*, 11, n.º. 4, (enero 2005), p. 503-531.

sión en derecho internacional aplicado a las últimas experiencias de construcción de Estados en la Europa oriental (así ocurrió, primero, en el caso de Montenegro, en relación con el cual el dictamen sobre las condiciones de celebración de un referéndum de independencia emitido por la Comisión de Venecia, un órgano consultivo del Consejo de Europa, mencionaba expresamente las consideraciones de la Corte Suprema canadiense, y, después, en el caso de Kosovo, con las correspondientes referencias a la opinión consultiva de 20 de agosto de 1998 por la ya citada opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 22 de julio de 2010).

2. Clarificación de las reglas de derecho internacional

Precisamente, la determinación del conjunto de reglas integradas en el derecho internacional que dan cobertura a la construcción democrática de nuevos Estados recibe un impulso decisivo en las experiencias de Montenegro y Kosovo mencionadas. Reglas perfiladas y aceptadas por organizaciones internacionales continentales (la Unión Europea, el Consejo de Europa) o globales (Naciones Unidas), que, en términos de legitimidad, ponen muy difícil a los Estados existentes oponerse a secesiones de nuevos Estados desarrolladas bajo principios democráticos y respetuosos con los derechos fundamentales (ni que, como veremos, los Estados matriz afectados invoquen el principio de constitucionalidad o el principio de integridad territorial).

Como decimos, el caso de Montenegro ofrece un precedente claro de bajo qué condiciones la Unión Europea y el Consejo de Europa aceptan, de acuerdo con el principio democrático, una secesión en territorio europeo.¹⁰ En aquel supuesto, las instituciones internacionales aceptaron que Montenegro podía convertirse en un Estado con plena soberanía y sujeto de derecho internacional a través de un referéndum en el cual al menos el 55 % de los votos válidamente emitidos dieran apoyo a la independencia, en un referéndum en el cual participara como mínimo el 50 % del censo electoral. Estas, como hemos remarcado, fueron las reglas perfiladas por la Comisión de Venecia, que emitió un dictamen a petición de la Asamblea del Consejo de Europa y que fueron asumidas por el Consejo de Ministros de la Unión Europea y por el Alto Representante de la Política Exterior y de Seguridad Comunes de la UE. Las normas mencionadas

10. López Bofill, Hèctor: *Nous estats i principi democràtic*, CETC/Angle editorial, Barcelona, 2009, p. 63-65.

(sobre todo con respecto a la mayoría del 55 % de los votos emitidos favorables a la opción de la secesión) se acabaron de negociar con los actores políticos montenegrinos y se plasmaron en la ley montenegrina sobre el referéndum del Estado de 1 de marzo de 2006, ley en función de la cual se organizó el referéndum de 21 de mayo de 2006, que comportó la independencia de Montenegro y la ruptura de la Unión con Serbia, después de que el sí obtuviera el 55,5 % de los votos válidamente emitidos. Cabe decir que, en la experiencia montenegrina, el referéndum de independencia se llevó a cabo con cobertura constitucional, ya que, en efecto, la Constitución de la Unión de Serbia y Montenegro de 2003 era uno de los pocos textos constitucionales que reconocía el derecho de secesión de alguna de las dos repúblicas que conformaban la Unión. Así, el artículo 60 de la mencionada Constitución de la Unión de Serbia y Montenegro de 2003 establecía que cualquiera de las dos repúblicas podía retirarse de la Unión mediante la convocatoria de un referéndum que tenía que ajustarse a los «estándares democráticos reconocidos».

El parámetro de la constitucionalidad del referéndum de secesión, sin embargo, cambia en el caso de Kosovo, en el cual se manifiesta la adecuación al derecho internacional de la creación de un nuevo Estado por la vía democrática, incluso cuando la Constitución del Estado del cual se separa prohíba expresamente la secesión (como sucedía con la Constitución serbia, que garantizaba expresamente la integridad territorial y prohibía la secesión de Kosovo¹¹). En consecuencia, el reconocimiento de la independencia de este Estado (ocurrida a través de declaración parlamentaria el 17 de febrero de 2008) por parte de determinadas potencias occidentales (y de gran parte de Estados de la UE), así como la declaración de la Corte Internacional de Justicia de 22 de julio de 2010, certifican que en el conflicto entre principio de constitucionalidad y democracia, prevalece la democracia.

Estas coordenadas, como hemos señalado al principio, serían perfectamente aplicables a Cataluña, de modo que, a pesar de la inconstitucionalidad de una eventual declaración de independencia (sea por vía parlamentaria o referendaria), y siempre que exprese una voluntad mayoritaria clara de la ciudadanía de Cataluña o de sus representantes, se contaría con los elementos determinantes para considerar legítima la secesión y ajustada a la legalidad internacional. Es cierto que, en el caso de Kosovo, el marco constitucional considerado por la Corte Internacional de Justicia no era la Constitución de Serbia sino la Resolu-

11. Tanto en relación con la Constitución de la República de Serbia de 1990 como con la Constitución de la República de Serbia de 2006 (véase el preámbulo de esta última norma).

ción del Consejo de Seguridad 1244 (1999) y las normas que se derivan de ella, en las cuales se establecía un régimen interino de autogobierno, y de aquí que se entendiera que la posibilidad de la independencia no se encontraba expresamente prohibida como estatus final del territorio según esta Resolución. Pero la conclusión final no evita que, en la práctica, se haya reconocido, ni aunque sea en un caso particular, una secesión de un territorio sobre el cual, en algún momento, hubiera regido una prohibición expresa de secesión por parte de la constitución del Estado matriz.

Hay que profundizar en la reiterada Resolución de la Corte Internacional de Justicia sobre Kosovo porque resuelve, aunque sea indirectamente, algunas cuestiones primordiales sobre la legalidad de los procesos de formación de nuevos Estados. Así, a pesar de la conclusión final, la Corte evita pronunciarse sobre si existe un derecho general de secesión amparado en derecho internacional, y entiende que este análisis relativo a la aplicación concreta del derecho a la autodeterminación de los pueblos y la secesión es irrelevante para responder a la pregunta concreta de si la declaración unilateral de independencia de Kosovo hecha por los representantes del pueblo kosovar es contraria a derecho internacional. No obstante, y teniendo presente que la CIJ confirma que la declaración de independencia de 17 de febrero de 2008 no es contraria a derecho internacional, la Corte presenta algunas afirmaciones de las cuales parece deducirse que, con carácter general, una declaración de independencia expresada en términos democráticos prevalece por encima de las reglas constitucionales. En primer lugar, la Corte reconoce que, en principio, las declaraciones de independencia no han sido reconocidas como contrarias a derecho internacional (párrafo 79) y, en aquellos casos en los cuales específicas declaraciones de independencia habían sido condenadas por el Consejo de Seguridad (Rodesia del Sur, Norte de Chipre o República Srpska), la contradicción con el orden internacional se había producido como consecuencia del uso de la fuerza y la violencia que acompañaba a estas declaraciones (párrafo 81). Así pues, el derecho internacional no contiene prohibiciones generales contrarias a las declaraciones de independencia (párrafo 84), y parece que estas se ajustan a derecho siempre que se produzcan de forma pacífica y democrática.

Como ya hemos puesto de manifiesto, con respecto al caso concreto de Kosovo, la Corte Internacional de Justicia entiende que la declaración de independencia no estaba excluida del marco constitucional que, según la Corte, venía compuesto en esencia por la Resolución del Consejo de Seguridad 1244 (1999) y las normas que de ella se derivan, en las cuales se establecía un régimen interino de autogobierno a través de elecciones libres sin concretar cuál tenía que ser

el estatus final del territorio (y de donde se podía deducir que la independencia podía ser este estatus final si así lo expresaba de forma mayoritaria el pueblo de Kosovo una vez fracasadas las negociaciones con Serbia, como constató el informe del enviado especial a Kosovo por el secretario general de las Naciones Unidas). Sin embargo, además, la Corte Internacional de Justicia admite que los autores de la declaración de independencia (amplia mayoría de miembros del Parlamento y el presidente kosovar) no pueden violar el marco constitucional porque, al declarar la independencia, no se encuentran ligados por estas reglas y ya no actúan como órganos de las instituciones provisionales de autogobierno sino como poder constituyente con la capacidad que les confiere su condición de representantes del pueblo de Kosovo.

3. La mayoría democrática

Constatado que la voluntad democrática de una comunidad para acceder al Estado propio, en un contexto pacífico, prevalece por encima de las reglas constitucionales del Estado matriz que prohíben —o no prevén— la secesión, la discusión se centraría en la mayoría exigida para fundar el nuevo orden constitucional. Aunque, en estricta teoría democrática, cualquier decisión que se tome por una mayoría reforzada encuentra una difícil justificación porque significa privilegiar el *statu quo* (y, al fin y al cabo, permitir que los votos contrarios al cambio tengan más peso que los favorables a la nueva situación), en la cuestión de la secesión parece aceptado por el cuerpo normativo que hemos ido perfilando que la mayoría necesaria para la creación de un nuevo Estado tiene que ser, a causa de la trascendencia que significa crear una nueva entidad con plena soberanía y de la necesidad de fomentar la estabilidad del nuevo orden, superior a la mayoría simple.

Si la decisión es de carácter referendario, el precedente de Montenegro marca de manera precisa qué se entiende por la «mayoría clara» a la cual de forma vaga aludía la Opinión Consultiva de la Corte Federal canadiense de 1998 sobre el caso de Quebec. Como hemos dicho, la celebración de un referéndum en que participe como mínimo el 50 % del censo y en que se obtenga un resultado favorable a la independencia igual o superior al del 55 % de los votos válidamente emitidos confiere plena legitimidad a la creación del nuevo estado (repetimos que estas mayorías han sido aceptadas por la Unión Europea y por el Consejo de Europa). En la práctica, como demuestra la experiencia de Kosovo, si la mayoría favorable a la independencia es muy amplia en sede parlamentaria,

la constitución del Estado propio se produce por declaración unilateral de los representantes de la ciudadanía democráticamente elegidos, sin que, al menos en una primera fase, se promueva el referéndum con exigencia de mayoría reforzada. En consecuencia, la mayoría reforzada a favor del Estado propio que requieren los *estándares internacionales* es, como mínimo, superior a la mayoría absoluta de los representantes de la ciudadanía en una Cámara legislativa en caso de declaración parlamentaria (y probablemente la Comunidad Internacional se encontraría en condiciones de exigir una mayoría superior: 2/3 de la Cámara, por ejemplo) y pediría una mayoría del 55 % de los votos válidamente emitidos con una participación de al menos el 50 % del censo en caso de referéndum.

4. Conclusiones

En definitiva, las experiencias históricas, políticas y jurídicas de los procesos de secesión de las últimas décadas permiten afirmar que una comunidad puede acceder a la condición de Estado a través de una decisión expresada de forma democrática, con respecto a los derechos fundamentales y en un contexto de ausencia de violencia. La expresión de la voluntad mayoritaria de la comunidad (sea a través de referéndum o sea a través de declaración unilateral de los representantes de la ciudadanía) prevalece por encima de las normas constitucionales del Estado matriz. La decisión fundacional democrática significa situarse fuera del orden constitucional existente para crear un nuevo orden constitucional con plena legitimidad política y ajustado a la legalidad internacional si se dan las condiciones mencionadas. Una decisión mayoritaria del pueblo de Cataluña expresada en referéndum o a través de la representación de la ciudadanía en el Parlamento de Cataluña en un proceso que satisficiera los consignados estándares internacionales permitiría constituir un Estado propio al margen de las prohibiciones derivadas de la Constitución Española de 1978 y de sus interpretaciones.

BALANCE Y PERSPECTIVAS

Mercè Barceló, Xavier Bernadí y Joan Vintró*

El análisis que la *Revista catalana de dret públic* ha dedicado a la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña se cierra con este último trabajo, donde ofrecemos un balance general de la mencionada Sentencia y apuntamos las perspectivas que se abren en esta nueva etapa del Estado autonómico. Para hacerlo, tomamos –incluso literalmente– las reflexiones vertidas en estas más de setenta contribuciones que conforman el «Especial Sentencia sobre el Estatuto», subrayando las numerosas coincidencias que presentan las aportaciones de los autores, en una línea crítica con la STC 31/2010, de 28 de junio. Junto a esta visión, sobradamente compartida, también hay que dejar constancia de las consideraciones formuladas por algunos autores sobre los riesgos que, según su opinión, asumió la reforma estatutaria catalana: riesgos políticos por falta de consenso con uno de los dos grandes partidos estatales; y riesgos jurídicos por la presencia en la jurisprudencia constitucional anterior de elementos que podrían haber hecho prever determinados pronunciamientos de la STC 31/2010.

En cualquier caso, y como se constata desde el primer trabajo, la STC 31/2010 constituye una de las decisiones del Tribunal Constitucional de más relieve en materia de organización territorial. Se trata, en efecto, del primer caso de control constitucional de un estatuto de autonomía del art. 151 CE, aprobado en referéndum popular, y tanto por este mismo hecho, como por la amplitud y la entidad de las cuestiones que se tratan, es evidente que pasará a formar parte de la historia constitucional como una de las resoluciones con más alto impacto sobre el Estado autonómico.

Este impacto se proyecta, además, en diversos niveles. De forma primaria, lógicamente, en el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006, pero también, de forma más o menos directa, en los estatutos de autonomía (en su posición, en sus funciones y en su fortaleza como fuente normativa), en el papel y el re-

* Mercè Barceló Serramalera, catedrática de derecho constitucional de la Universidad Autónoma de Barcelona.

Xavier Bernadí Gil, profesor de derecho administrativo de la Universidad Pompeu Fabra.

Joan Vintró Castells, catedrático de derecho constitucional de la Universidad de Barcelona.

conocimiento institucional del Tribunal Constitucional y, finalmente, en la propia capacidad de integración del ordenamiento constitucional.

En cuanto al primer punto, el impacto de la Sentencia 31/2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña, el análisis de los autores presenta una gran coincidencia, tanto con respecto a la determinación de los grandes objetivos perseguidos por el Estatuto, como con respecto al nivel de consecución de estos objetivos después de la intervención del Tribunal. En el primer caso, existe un consenso generalizado sobre los cuatro o cinco grandes objetivos perseguidos por el Estatuto: 1) el reconocimiento nacional de Cataluña; 2) la elevación a rango estatutario del modelo lingüístico adoptado; 3) la garantía jurídica de las competencias; 4) la nueva articulación de las relaciones con el Estado, con el reforzamiento de las relaciones bilaterales y la consagración de la participación de la Generalitat en las instituciones, los organismos y la toma de decisiones del Estado; y 5) el establecimiento de un sistema de financiación capaz de garantizar la suficiencia de recursos, así como el condicionamiento de la contribución catalana a la solidaridad interterritorial. Pero el consenso todavía es más alto cuando se trata de evaluar el éxito de estos objetivos: todos los preceptos estatutarios que pretendían consagrar estos objetivos han sido completamente desactivados, invalidados, vaciados de contenido y de sentido jurídico o laminados. El efecto principal de la Sentencia es, por lo tanto, la desactivación o eliminación de todas las garantías que el Estatuto pretendía establecer. Y en consecuencia el fracaso, casi absoluto, de sus objetivos principales. Por otro lado, esta situación es resultado, en gran parte, de las declaraciones concretas de inconstitucionalidad contenidas en la decisión del Tribunal, pero también, lo que probablemente es más importante, resulta de las interpretaciones conformes con que el Tribunal sustenta los preceptos examinados, tanto si el establecimiento de estas interpretaciones se lleva al fallo como, sobre todo, cuando solo se da cuenta de ello en la fundamentación jurídica de la Sentencia. Por este motivo, también existe un gran acuerdo entre los autores a la hora de calificar el pronunciamiento del Tribunal como una sentencia esencialmente interpretativa y, en bastantes ocasiones, manipulativa. El hecho, sin embargo, es que este efecto devastador, a pesar de no aflorar en un primer momento (al quedar, hasta cierto punto, oculto), se ha hecho del todo patente.

La afirmación anterior quizás requiere una matización en el ámbito lingüístico, donde diversos autores reconocen que la consagración estatutaria del modelo catalán ha recibido el aval del Tribunal Constitucional en sus aspectos más sustantivos. Sin embargo, la declaración de inconstitucionalidad del término *preferente*, referido al uso de la lengua catalana por las Administraciones y

por los medios públicos de Cataluña, y el reconocimiento del castellano, junto al catalán, como lengua vehicular de la enseñanza, conjuntamente con el resto de pronunciamientos en esta materia, permiten apuntar hacia un mayor bilingüismo en el ámbito de la actuación pública, así como, sobre todo, hacia un notable incremento de la conflictividad en torno a la regulación y al uso de las lenguas en Cataluña. También de forma matizada hay que considerar los efectos de la Sentencia en relación con el resto de aspectos identitarios (nación y realidad nacional, símbolos, derechos históricos), donde probablemente los daños son más morales y políticos que jurídicos, y en relación con el capítulo relativo a los derechos y deberes estatutarios, campo, este último, donde la Sentencia reconoce con mayor claridad que en resoluciones anteriores la posibilidad de que los estatutos incluyan un catálogo de derechos y deberes, aunque con una escasa solidez y con menos garantías.

No podemos ahora repasar los argumentos utilizados por el Tribunal para llegar a los resultados desactivadores que tiene su Sentencia sobre el Estatuto. Todos ellos han sido bien identificados por los autores de este «Especial» en los capítulos correspondientes. Pero no podemos dejar de llamar la atención sobre el callejón sin salida en que nos deja esta resolución jurisdiccional: la letra del Estatuto queda en pie, pero parte de esta letra es declarada inconstitucional y, por lo tanto, inválida (con el daño que ello supone), mientras que otra parte, tanto o más importante, queda sujeta a una interpretación que la desfigura o le quita todo el sentido, y todavía otra parte, no menor, es objeto de una lectura igualmente reduccionista. Como se ha dicho, el valor jurídico de los preceptos del Estatuto que no son declarados inconstitucionales resta condicionado por el contenido de los fundamentos jurídicos de la Sentencia, que adquiere, así, la naturaleza de un «manual de instrucciones» para conocer el valor real de estos preceptos, sin el cual no se pueden entender. Queda la apariencia de un Estatuto, pero en realidad nos encontramos ante una norma que el Tribunal diseña y llena con un contenido nuevo, diferente. Queda también este nuevo manual de instrucciones y, sobre todo, la duda de que todo ello pueda funcionar con una mínima corrección.

Los efectos de la Sentencia, sin embargo, trascienden al Estatuto catalán y acaban afectando a todos los estatutos de autonomía como norma jurídica. Es la figura general de los estatutos —y no una norma estatutaria concreta—, su significación y su función constitucional, la que queda enormemente devaluada a raíz de esta Sentencia, que deja prácticamente sin sentido una de las piezas esenciales sobre las que se construye el Estado autonómico español. En efecto, como subrayan los autores, el Tribunal se aproxima al Estatuto como si se trata-

ra de una norma «de parte», de una iniciativa legislativa impulsada y culminada por una comunidad autónoma –sin el debate, la negociación y la aprobación por las Cortes Generales– con el ánimo de imponer unas soluciones particulares sobre el conjunto del Estado. Esta aproximación se hace, además, desde el recelo y la desconfianza y, muy a menudo, desde una posición puramente preventiva que no se limita a enjuiciar las previsiones estatutarias sino que pretende detectar y evitar algunas de las derivas hacia las que podrían presuntamente conducir. Y se hace, sobre todo, con un claro abandono de la doctrina constante del Tribunal de acuerdo con la cual todo enjuiciamiento de la ley tiene que partir del principio de presunción de su constitucionalidad. El Tribunal –coinciden en ello muchos autores– no ha actuado con deferencia hacia el legislador estatutario, es decir, hacia los representantes políticos de una sociedad democrática; más bien al contrario, su comportamiento hacia el Estatuto denota en muchos pasajes una falta de deferencia casi absoluta. En cualquier caso, muy inferior a la que dispensa al legislador ordinario. Una prueba de esta actitud la constituye el hecho que –siendo del todo posible– el Tribunal no haya aplicado al Estatuto catalán la doctrina que había vertido poco tiempo atrás en la STC 247/2007, sobre el Estatuto valenciano, donde culminaba una larga línea jurisprudencial sobre la caracterización de los estatutos de autonomía.

Sin embargo, el problema central de este cambio de óptica no está tanto en lo que dice el Tribunal sobre el Estatuto –y, por lo tanto, sobre los estatutos en general–, sino en lo que el Tribunal silencia. Recuerda con insistencia que los estatutos son normas subordinadas a la Constitución –lo cual es una evidencia– y que como norma suprema del ordenamiento, la Constitución no admite ni iguales ni superiores, sino únicamente normas que le están jerárquicamente sometidas en todos los órdenes –otra obviedad–; recuerda asimismo que los estatutos son leyes orgánicas, de manera que su posición en el sistema de fuentes es la propia de este tipo normativo –nada nuevo, por lo tanto–. Y también se hace notar que los estatutos son normas atributivas de competencias a las comunidades autónomas, pero en ningún caso al Estado, y normas que no pueden traspasar los ámbitos inconfundibles del poder constituyente. Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre en la STC 247/2007, no hay ningún recordatorio sobre el carácter paccionado del Estatuto –lo cual lleva a tratarlo como una simple ley autonómica; ni de su resistencia frente al resto de leyes orgánicas, ni de la función constitucional que cumple al completar el reparto y la delimitación competencial, ni se recuerda tampoco que el único parámetro para enjuiciar su validez es la Constitución y no otras leyes orgánicas. Todos estos elementos que singularizan los estatutos, acercándolos a la Constitución, y que habían sido su-

brayados por el Tribunal en ocasiones anteriores, desaparecen ahora del discurso jurisdiccional.

En cualquier caso, el Tribunal impone una nueva caracterización de los estatutos, que desprecia y degrada su función constitucional, debilita su posición, les resta la virtualidad que teóricamente les correspondía dentro del bloque de la constitucionalidad y devalúa intensamente su valor normativo. La reducción, hasta la práctica supresión de la concepción del estatuto como norma complementaria de la Constitución, el hecho de que el Tribunal se autoatribuya esta función de completar la Constitución en todos aquellos ámbitos –numerosos e importantes– en que esta se mantiene en silencio y el reconocimiento al legislador estatal de una libertad de decisión casi total a la hora de regular cuestiones tratadas por el estatuto o en la delimitación de las competencias respectivas son elementos que impactan gravemente sobre la figura de los estatutos de autonomía. Concretamente, reducen el peso relativo que tenían reconocido en el sistema de fuentes y los obligan a retroceder dos o tres peldaños en su escala de jerarquía o preeminencia normativa.

El Tribunal Constitucional, el prestigio y el respeto institucional que tendría que merecer, constituye otra víctima del proceso al Estatuto y de la Sentencia que él mismo dicta para ponerle fin. Las críticas realizadas en este campo tienen proyecciones diversas y afectan a la composición regular del órgano (caducidad de mandatos, recusaciones), al estilo y al tono general de la Sentencia y, sobre todo, a su fundamentación jurídica y a la comprensión de las propias funciones. Ciertamente, hay que reconocer que con la formalización de los recursos de inconstitucionalidad contra el Estatuto se traslada al Tribunal Constitucional la grave responsabilidad de resolver, en principio de acuerdo con parámetros jurídicos, una cuestión política especialmente conflictiva. Y se puede admitir igualmente que los miembros del Tribunal no son los únicos ni probablemente los principales responsables de los hechos –y de las omisiones– que debilitaron la regularidad de su composición y de su funcionamiento mientras se discutía la Sentencia.

Donde las responsabilidades son más claras es en la doctrina que libremente impone sobre el Estatuto y en las formas que utiliza también libremente para imponerla. Empezando por esta última cuestión –en absoluto anecdótica– conviene recordar que entre los adjetivos utilizados por los autores del «Especial» para calificar la STC 31/2010 destacan, por su frecuencia, los relativos al *activismo judicial* e incluso a la *agresividad* de los pronunciamientos. Son muchos los analistas que expresan su sorpresa –o su condena– no únicamente ante los contenidos, sino también frente al tratamiento formal con que el Tribunal obsequia al

texto estatutario. El estilo de la Sentencia llega incluso a ser hiriente, por la concisión de los argumentos, despojados con frecuencia de la mención a la jurisprudencia anterior, por la brevedad de los fundamentos con que se cierran complejas polémicas y por el uso de un tono apodíctico, excesivamente rotundo y cortante, desde una posición de recelo y muy a menudo con un carácter claramente preventivo. Un estilo que denota el firme deseo de responder con contundencia a cualquier veleidad estatutaria, hasta al punto de dejar entrever un cierto ánimo revanchista, propio de quien responde a un desafío o a una amenaza. En efecto, si la doctrina de los defensores del Estatuto catalán se fundamentaba en la idea de que la modificación del Estatuto obligaría al Tribunal a revisar su jurisprudencia, por el hecho de haberse modificado el bloque de la constitucional, el Tribunal parece sentirse aludido, e incluso ofendido, y responde colocándose, no únicamente como máximo intérprete de la Constitución, sino prácticamente como único colaborador posible del poder constituyente, o como nuevo poder constituyente directo, que retiene exclusivamente para él —«de no mediar una reforma expresa de la Constitución»— la competencia de la competencia, autoconstituyéndose en la voz hablante de una Constitución silente.

Se olvida, así, de que el Tribunal Constitucional es un poder constituido y que no puede dar ningún contenido a la Constitución si la Constitución no tiene en sí misma este contenido. Que interpretar es descubrir, no inventar. El resultado de este comportamiento es el de la desaparición del juicio de conocimiento y su sustitución por el juicio proveniente de la decisión política, crítica en la que insisten bastantes autores, para los que son ya del todo banales los esfuerzos por intentar entender la STC 31/2010 desde parámetros jurídicos comúnmente aceptados. El Tribunal invade el campo propio del legislador e impide que el pacto político y jurídico representado por un nuevo estatuto consiga sus resultados modernizadores. Con un planteamiento que parece querer negar que un estatuto pueda hacer variar su doctrina, el Tribunal se coloca él mismo, con toda su jurisprudencia, entre el texto y la voluntad política de los que tienen la representación directa de los ciudadanos.

Esta descripción —que muchos pueden no compartir, así como muchos otros la suscriben— desemboca en una clara merma de la *autoritas* del Tribunal, de la capacidad de persuasión de la Sentencia dictada y de las que la sigan en este campo. Los beneficios obtenidos o los males evitados —si es que hay alguno— pagan el alto precio de la falta de credibilidad y del daño institucional autoinflingido por el Tribunal a la propia institución y al sistema constitucional en general.

Las circunstancias mencionadas también podrían explicar que la doctrina de la STC 31/2010 sea objeto de una matización o incluso de un abandono pro-

gresivos. Pero mientras eso no ocurra, se puede extender la percepción de que de la presunta reforma encubierta de la Constitución se ha pasado, presumiblemente, a su apropiación indebida.

Los efectos de la STC 31/2010 sobre la capacidad de integración del sistema se pueden considerar de forma conjunta con las perspectivas que se abrirían a partir de esta misma Sentencia. Claro está que el enjuiciamiento del Estatuto por parte del Tribunal Constitucional ha generado nuevas dosis de desafección de una parte de la población del Estado respecto de este mismo Estado y de las instituciones que lo conducen. También ha incrementado el enfrentamiento y la división entre sus representantes políticos y, de una forma o con una dimensión hasta ahora desconocida, entre la propia comunidad jurídica. Pero más que ponderar el grado concreto de esta desafección o la profundidad que alcanza esta división a raíz de la STC 31/2010, lo que es evidente es que esta resolución cierra la puerta —o da un portazo— a una de las vías que hasta ahora se consideraban idóneas —con unos u otros márgenes— para favorecer el desarrollo o la adaptación del Estado autonómico y su función integradora.

Los caminos que quedan podrían conducirnos, por elevación, hacia la reforma constitucional o, por agotamiento o falta de capacidad política, hacia la aceptación del estado actual de las cosas, probablemente acompañada por la reiteración de viejas estrategias y antiguos conflictos, sin descartar que el punto de inflexión que constituye la Sentencia pueda llevar a buscar nuevos modelos paradójicamente contrarios a su espíritu, como los basados en una bilateralidad nada querida por la Sentencia o en soluciones contrarias a la indisolubilidad que tantas veces proclama.

Al anular pocos preceptos, la Sentencia no ha tenido ni se espera que tenga efectos muy notorios a corto plazo. En cambio, es fácil de prever que se produzca un incremento de la conflictividad (en contra nuevamente de la voluntad pacificadora del Estatuto), por motivos diversos. En primer lugar porque muchos preceptos que mantienen la vigencia, pero que han sido en buena parte desprovistos de sentido y fuerza normativa, contrastarán con las iniciativas y la legislación estatal, y este contraste se traducirá a menudo en el correspondiente conflicto. La técnica utilizada por la Sentencia, que suma a las declaraciones de inconstitucionalidad y a las interpretaciones conformes a la Constitución un buen puñado de interpretaciones «conformes a la jurisprudencia constitucional», que no se llevan al fallo, abre igualmente la puerta a la interpretación de la interpretación, es decir, a nuevos ámbitos de discusión. En segundo lugar, porque la ambigüedad de los pronunciamientos realizados por el Tribunal en un ámbito tan sensible como la lengua (bilingüismo en la Administración, castella-

no como lengua vehicular en la enseñanza, disponibilidad lingüística en establecimientos privados) conducen nuevamente –ya han conducido– a la conflictividad política, social y jurisdiccional. Y en tercer lugar porque la Sentencia constituye un punto de inflexión evidente: no solo confirma, sino que refuerza con claridad el papel del legislador y del ejecutivo en la evolución del sistema; también refuerza y amplía de forma extraordinaria la posición y las funciones del propio Tribunal; y detiene la evolución y la adaptación del sistema constitucional, cerrando el paso a las soluciones de carácter federal y conduciéndolo hacia un modelo de naturaleza más bien regional.

Hay algunos ámbitos donde, ciertamente, no se puede aventurar un pronóstico. Queda por ver, por ejemplo, la potencialidad que pueda desplegar el catálogo de derechos y deberes estatutarios. O el peso y la influencia que puedan tener en la práctica, en términos evolutivos, las nuevas comisiones bilaterales Estado-Comunidad Autónoma. También han quedado vivas otras previsiones en clave participativa que podrían actuar como pequeñas rendijas para dar algunos pasos, igualmente no muy grandes.

Con carácter general también queda por ver si la STC 31/2010 constituye efectivamente el inicio de una nueva jurisprudencia constitucional en relación con los aspectos más estructurales del Estado autonómico y en relación también con la misma posición constitucional del Tribunal. O bien si resultará ser el producto de una mayoría coyuntural, desdibujada de repente por las inminentes renovaciones del órgano, las cuales, según como afecten a su composición final, podrían llegar a retomar el camino jurisprudencial consolidado antes de esta importante resolución. Asimismo, habrá que averiguar qué funcionalidades le restan al Estatuto después de su enjuiciamiento constitucional y por qué senderos jurídicos se podrán canalizar las voluntades y los consensos políticos que se lleguen a alcanzar.