

LA SENTENCIA SOBRE EL ESTATUTO DE CATALUÑA: UNA VISIÓN DE CONJUNTO

JUAN JOSÉ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA

Universidad Autónoma de Madrid

I. CONDICIONES Y PRESUPUESTOS DEL CONTROL ESTATUTARIO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN TIEMPO DE REFORMAS.—II. BALANCE Y RASGOS GENERALES DE LA SENTENCIA: SU POSICIÓN EN LA TRAYECTORIA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL Y SU CONDICIÓN DE SENTENCIA INTERPRETATIVA COMPLETIVA.—III. EL CENTRO TEMÁTICO DE LA SENTENCIA: EL ESTATUTO COMO FUENTE: A. SUS BASES JURÍDICO-POLÍTICAS Y ASPECTOS IDENTITARIOS. B. LA DELIMITACIÓN NEGATIVA DE SU CONTENIDO: 1. EL ESTATUTO NO ES UNA NORMA CON FUNCIONES DE CONFIGURACIÓN. 2. O QUE DEFINA LA NOCIÓN DE BASES. 3. O QUE ESTABLEZCA DERECHOS.—IV. EL PRINCIPIO DE PARTICIPACIÓN EN EL NUEVO *ESTATUT*.—V. ¿ES DEFERENTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CON EL *ESTATUT*?: EJEMPLOS DE ACTITUD COMPRESIVA (CONSULTAS POPULARES, FINANCIACIÓN O ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA) O POSICIÓN CRÍTICA (INMIGRACIÓN Y PRONUNCIAMIENTOS ANULATORIOS).

RESUMEN

La Sentencia 31/2010, que ha resuelto un recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el Estatuto de Autonomía de Cataluña, supone una decisión del Tribunal Constitucional de gran trascendencia, obviamente para la propia norma cuya constitucionalidad salva, salvo unos pocos preceptos o fragmentos, pero a condición de que se verifique su interpretación en determinado sentido y, especialmente, teniendo en cuenta que las competencias establecidas estatutariamente no impiden la actuación que aun sobre las mismas materias pueda corresponder al Estado en virtud de títulos constitucionales. Importante es, de cara al futuro del propio Estado autonómico, el desarrollo del principio de participación que esta Sentencia prevé asimismo. De otro lado, confirma la legitimidad de la inclusión de un contenido identitario en la reserva estatutaria.

Palabras clave: autonomía; soberanía; estatuto de autonomía; sentencias interpretativas completivas.

ABSTRACT

The Judgement of the Constitutional Court 31/2010 has resolved a constitutional challenge brought against the Statute of Autonomy of Catalonia. The Judgement, a decision of great importance because the nature of the controlled norm, saves mostly the constitutionality of the Statute but on condition of verifying the interpretation of some of its provisions in a certain way and especially considering that the competences set by Statute do not prevent action that even on the same subjects could be implemented by the State exercising the reserved powers under the Constitution. Important to the future of the autonomous State is also the development of the principle of participation that is included in the judgement. Judgement that also confirms the legitimacy of the inclusion of identitarian content in the statutory reserve.

Key words: autonomy; sovereignty; autonomy statute; interpretative completing judgements.

I. CONDICIONES Y PRESUPUESTOS DEL CONTROL ESTATUTARIO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN TIEMPO DE REFORMAS

Mi propósito en esta ocasión es llevar a cabo, ahora que ya han transcurrido unos meses desde que se pronunció la Sentencia sobre el Estatuto de Cataluña (STC 31/2010), un análisis de la misma en lo posible sereno y realizado exclusivamente desde parámetros jurídicos. Creo que algunos términos con que se ha expresado su recepción en círculos académicos, hablando de «sentencia regresiva», pegada a un positivismo trasnochado, o «implacable con Cataluña» o falaz, denotan mas bien una decepción política que una valoración técnica.

Desde la perspectiva del análisis objetivo lo primero que tal vez convenga manifestar es que acertadamente lo que ha hecho el Tribunal, como no podía ser menos, es verificar un contraste entre la norma impugnada y la Constitución, y su juicio es, en efecto, una apreciación sobre la compatibilidad del Estatuto denunciado (aquellos preceptos del mismo que quienes contaban con legitimación llevaron a la máxima instancia jurisdiccional) y la Norma Fundamental. Quiero decir que el Tribunal no se pronuncia sobre las intenciones o propósitos que, en el plano político o jurídico, pudieran tener los autores de la norma que se lleva ante él. No dirá nada el Tribunal sobre el posible propósito erosionador constitucional del Estatuto o si había tras la

norma estatutaria una voluntad de desbordamiento constitucional o si en realidad lo que pretendía el Estatuto modificado era suplantar o cambiar en una ilegítima operación de mutación constitucional el sistema normativo total (1). Nada de esto se plantea efectivamente sino una cuestión de correspondencia o compatibilidad entre un Estatuto de Autonomía y la Norma Fundamental, un problema exclusivamente, entonces, de interpretación constitucional. Como se sabe, en la interpretación de esta clase es especialmente inoperante el criterio genético, pues la resolución de los conflictos entre normas ha de atenerse a la comprensión de éstas según su significado ordinamental u objetivo, que lleva a realzar el empleo de instrumentos de naturaleza lógico-sistemática, sin referencia, por tanto, a la voluntad implícita en tales reglas jurídicas atribuibles al propósito de sus autores o la coyuntura histórica en la que nacieron.

Las dificultades de comprensión correcta de la Sentencia tienen que ver sin duda con el clima en el que el Tribunal ha preparado el fallo, un tiempo, como se sabe, muy prolongado, que ha erosionado a través de episodios y momentos delicados, la autoridad del Tribunal. Pero los problemas de la Sentencia tienen que ver más que con algunas dificultades coyunturales con un cuestionamiento de fondo que dudaba de la legitimación y aun de la legitimidad de la intervención del Tribunal en el control de la constitucionalidad de un Estatuto de autonomía. Como es sabido la legitimación del Tribunal es obvia como se deduce en términos irrefutables de la Constitución y de la LOTC. Al Tribunal le toca, en primer lugar, asegurar la constitucionalidad de las leyes, a través del recurso de inconstitucionalidad y la cuestión (arts. 161 y 163 CE) y el Estatuto de autonomía es una ley orgánica. Por su parte, el artículo 27 LOTC hace a los Estatutos de autonomía objeto de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad. El mismo Tribunal recientemente, en la Sentencia sobre el Estatuto de Valencia de 2007, ha recordado su competencia para apreciar «como intérprete supremo de la Constitución si los Estatutos de autonomía han incurrido en algún vicio de inconstitucionalidad». Nada empece, por tanto, a que una extralimitación estatutaria, como cualquiera otra en que pudiese incurrir una norma infraconstitucional, sea impedida por el Tribunal si la norma en cuestión a través de una adecuada interpretación no puede atraerse al sistema constitucional.

Seguramente tampoco es dudosa la legitimidad del control constitucional de que estamos hablando. La fiscalización por parte del Tribunal Constitu-

(1) FRANCESC DE CARRERAS, «¿Es constitucional el Estatuto de Cataluña?», *Claves de Razón Práctica*, n.º 206.

cional del Estatuto de autonomía tras su aprobación por el cuerpo electoral aparece como un elemento de compensación de los rasgos centrífugos o territoriales del sistema autonómico, como son la iniciativa de reforma y la intervención del cuerpo electoral. En efecto frente a estos instrumentos de dispersión se contrapondría, con un sentido restablecedor del equilibrio del conjunto, en su caso, la intervención del Tribunal Constitucional.

Conviene insistir en que contra lo que a veces se señala el *iter* constitucional de la reforma estatutaria no culmina necesariamente en la sanción del texto por el cuerpo electoral de la Comunidad Autónoma, sino, en su caso, en la Sentencia del Tribunal Constitucional que resuelve el recurso que contra el texto de la reforma estatutaria puede haberse presentado, como ha ocurrido en la ocasión presente. Precisamente la previsión constitucional de esta intervención explica y da sentido a los términos en que se verifique la elaboración del Estatuto por las Cortes Generales. Es la existencia última del control del Tribunal del texto estatutario lo que permite a las Cortes llevar a cabo el examen del texto estatutario en términos correctos, procediendo sobre todo, fuera de una intervención de acuerdo con criterios políticos, asegurando por ejemplo la garantía final de cierta homogeneidad estatutaria, a un control básico o grosero de la constitucionalidad del proyecto, remitiendo a un examen más profundo y propiamente técnico el que en su caso pudiese llevarse a cabo jurisdiccionalmente por el Tribunal Constitucional (2).

Equivocadamente, a nuestro juicio, se han utilizado dos argumentos recomendando la autorrestricción del Tribunal Constitucional en el control de la constitucionalidad de los Estatutos. De una parte, con referencias en el derecho comparado, se ha señalado que la negativa del Consejo Constitucional francés a revisar las reformas constitucionales, alcanzaría, *pari passu* a los cambios estatutarios, dado que ambos tipos de modificaciones poseen a la postre la misma naturaleza. De otro lado no existirían ejemplos de verificación de control de las reformas de las constituciones de los Estados de una Federación. Según nuestra opinión el ejemplo francés sólo serviría para subrayar la atención especial con que ha de llevarse a cabo una revisión normativa cuando ha intervenido, como ocurre con las reformas especiales de los Estatutos del artículo 151 CE, el cuerpo electoral. El argumento segundo sencillamente no resiste la prueba de la verdad. Así el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha controlado en diversas ocasiones reformas constitucionales de los Estados, invalidando una enmienda de la Constitución de Colorado que afectaba a los derechos de los homosexuales, por considerarla

(2) Juan José SOLOZÁBAL, «El Estatuto de Cataluña ante el Tribunal Constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 24, 2009.

contraria al principio federal de igualdad ante la ley; o anulando la prueba sobre religión impuesta a los funcionarios de Meryland por considerar que violaba la primera enmienda de la Constitución federal; y la limitación constitucional de Arkansas sobre los períodos que se pueden servir en el Congreso (3). De todos modos, el argumento de fondo que se opone al control de los Estatutos por parte del Tribunal Constitucional insiste en el riesgo de contaminación política que tal revisión implica. Se trata obviamente de una objeción mal planteada: no es la naturaleza política de los asuntos lo que veda el conocimiento de éstos por parte del Tribunal; el problema reside en asegurar el tratamiento exclusivamente jurídico de las cuestiones que se suscitan ante la jurisdicción constitucional, dada la legitimación, el canon del control, la condición rogada y la observancia del principio de congruencia en todos los procesos de los que entiende.

La ubicación de la Sentencia en su circunstancia, por si esto llevase, como así lo creo, a su consideración serena, demanda hacer dos consideraciones más. La reforma del *Estatut* ha generado un movimiento de cambios estatutarios. Sin embargo ni este movimiento es tan generalizado como parece, ni se presenta en todos los casos con la misma radicalidad o profundidad. Las modificaciones estatutarias difieren en efecto en su alcance, según trascienda el mimetismo constitucional, y en su justificación, que en unos supuestos es claramente identitaria sobre todo y en otros de cariz más funcional. Algunas Comunidades siguen el modelo catalán (Andalucía); otras reaccionan comedidamente (Aragón, Valencia, Islas Baleares); y otras ensayan un modelo de cambio francamente diferente ante él, caso de Castilla-La Mancha y de Extremadura. En total, decíamos, se han reformado seis Estatutos, los de Cataluña, Andalucía, Valencia, Aragón, Baleares, Castilla y León. Extremadura será el séptimo, pero ha fracasado la reforma del Estatuto de Euskadi, y los proyectos de Canarias y de Castilla-La Mancha se han retirado en las Cortes. Galicia no logra aprobar por la mayoría exigida una propuesta de Estatuto en el Parlamento Gallego. En Madrid, Navarra y Cantabria, con alguna matización en el caso navarro, se rechaza la posibilidad de modificación estatutaria. En Murcia, La Rioja o Asturias hay intentos de modificación estatutaria, pero estos intentos no llegan a buen puerto. Efectivamente, es un reformismo, por tanto, que no es uniforme (4).

(3) Detalles sobre estas decisiones, respectivamente, *Romer v. Evans*, 517 US 620 (1996); *Torasco v. Watkins*, 367 US 488 (1961) y *US Term Limits, Inc v. Thornton*, 514 US 779 (1995) en A. TARR, *Comprendiendo las Constituciones estatales*, UNAM, 2009.

(4) José TUDELA, «Heterogeneidad y asimetría en un Estado indefinido. Una aceptación de la diversidad que es puerta de futuro», en el vol. col. *España y los modelos de federalismo*, J. TUDELA ARANDA y F. KNOEPLING, eds., CEPC-Fundación Manuel Giménez Abad, 2010. J. J.

Tampoco debería olvidarse, si se trata de comprender adecuadamente la oportunidad de la Sentencia del *Estatut*, el momento de crisis económica en que nos encontramos y que repercute de algún modo sobre los límites del desarrollo del Estado autonómico, al colocar en una zona de sospecha la expansión de los poderes autonómicos, por si en ello se pudiera ver una ocasión de despilfarro inasumible en la situación económica o pudiera creerse que se pone en cuestión la unidad económica del Estado necesaria para la propia solvencia de España en la escena internacional, y sobre todo europea, de la crisis.

Este contexto da cuenta de la importancia de la Sentencia del *Estatut*: en primer lugar para el propio Tribunal que tiene una ocasión para mostrar que con todas las dificultades y avatares que han concurrido en la ocasión es una pieza clave en el sistema institucional del Estado. Ciertamente el Tribunal queda justificado por su actuación ordinaria como jurisdicción de la libertad de los ciudadanos, cuyos derechos quedan asegurados incluso frente a las autoridades o poderes públicos a través de la garantía jurisdiccional que él confiere; pero también en las situaciones difíciles cuando la clarificación y regularidad del funcionamiento del Estado hace su intervención imprescindible, particularmente cuando se pone en juego la actuación institucional del Estado autonómico: no faltó el Tribunal en el caso de la LOAPA, cuando se trataba de garantizar frente al legislador ordinario los términos del reparto constitucional de las competencias en el sistema autonómico, ni en el caso de la consulta de Ibarretxe cuando se pretendía poner en marcha una consulta cuya trascendencia soberanista cuestionaba los límites del Estado; y no puede faltar ahora cuando se trata de comprobar la constitucionalidad de la renovación del sistema autonómico en su pieza clave que es la normatividad estatutaria.

Esta Sentencia puede servir, tal vez entonces, para aclarar precisamente los límites del sistema autonómico, hasta donde da de sí esta forma política. Sin duda en esta Sentencia podrán encontrarse claves o argumentos para encarar con toda corrección, en su caso, la reforma del Estado autonómico, en la dirección del Estado federal.

SOLOZÁBAL, «El Estatuto de Extremadura en su contexto», en *El Nuevo Estatuto de Extremadura*, Madrid, 2010.

II. BALANCE Y RASGOS GENERALES DE LA SENTENCIA: SU POSICIÓN EN LA TRAYECTORIA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL Y SU CONDICIÓN DE SENTENCIA INTERPRETATIVA COMPLETIVA

En conjunto podría afirmar que mantengo una idea positiva de la Sentencia. Juicio al que llego teniendo en cuenta, en primer lugar, los supuestos jurídico-procesales de la situación. No estamos, conviene precisarlo, ante un dictamen sobre el Estatuto ni un informe académico sobre la posición de esta norma en el sistema de fuentes: en suma no se trata de un pronunciamiento incondicionado y abierto del Tribunal sobre una determinada cuestión, como pudo ser el caso del Dictamen del Tribunal Supremo de Canadá sobre Quebec. Nuestro Tribunal, como se sabe, desempeña efectivamente funciones jurisdiccionales, como resulta de su diseño institucional y manifestó explícitamente el propio Tribunal en su Decisión sobre la Reforma Constitucional antes de la firma del Tratado de la Unión (Declaración del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992). Lo que el Tribunal ha hecho es dictar una sentencia, que en razón de la congruencia procesal ha de responder a las impugnaciones que diversos sujetos con legitimación suficiente hacen sobre casi doscientos preceptos de la norma cuya constitucionalidad se cuestiona.

La trascendencia de la Sentencia deriva, sin duda, del hecho de que por primera vez se impugna un Estatuto en su totalidad. Antes lo que había conocido directamente el Tribunal eran recursos en relación con determinados aspectos de una norma estatutaria: como se sabe la Sentencia 247/2007 se había pronunciado sobre el derecho al agua reconocido en el Estatuto de Valencia, y con anterioridad el Tribunal se había ocupado de la cuestión de algún enclave autonómico o sobre la vía de acceso a la autonomía; y por supuesto en la resolución de problemas competenciales el Tribunal en múltiples oportunidades había verificado de hecho una interpretación constitucional de las cláusulas estatutarias (5).

A pesar de esto que se acaba de señalar debe resaltarse la continuidad jurisprudencial que la Sentencia supone. La Sentencia prosigue en el plano doctrinal una línea indudable, que no necesita reiterar el Tribunal, pero que

(5) Así STC 99/1986. Hasta el 31 de diciembre de 2005 el Tribunal Constitucional, según su Presidenta doña María Emilia Casas, había conocido 688 conflictos positivos y 14 conflictos negativos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas, 8 conflictos entre Comunidades Autónomas y 9 impugnaciones del Gobierno de disposiciones y resoluciones adoptadas por las Comunidades Autónomas. Además, un número destacado de los 772 recursos de inconstitucionalidad y de las 1.648 cuestiones de inconstitucionalidad planteadas hasta esa fecha ante el Tribunal afectaban a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

es innegable. De modo que la Sentencia, que como decimos presenta innovaciones al menos en su envergadura y aun en otros planos a los que nos referiremos, no es un *turning point*; lo que quizás sí contempla es un cambio de rasante, pero sobre la misma carretera y en la misma dirección. Esto no quiere decir que la Sentencia no presente interesantes novedades, tanto formales como de contenido. Así se trata de una Sentencia clara y de argumentación directa, en la línea más de la que recayó sobre la Ley del Parlamento Vasco acerca de la consulta de Ibarretxe que de la Sentencia sobre el Estatuto de Valencia. Con una segregación muy oportuna entre los antecedentes y los fundamentos jurídicos. Consecuencia de su contención y el planteamiento radical de los problemas, es la brevedad, indudable, del Fallo si se tiene en cuenta el número de preceptos que fueron objeto de impugnación.

No puede pasarse por alto, si se trata de evaluar la novedad de la Sentencia, ahora contemplada desde el punto de vista material, que el Tribunal Constitucional elude la confirmación en este caso de algunos preludios algo cuestionables que se apuntaban en su inmediatamente anterior jurisprudencia. Me refiero naturalmente a la separación entre inconstitucionalidad y nulidad, de la que el Tribunal Constitucional se había servido en alguna ocasión como en la Sentencia sobre la Ley de Extranjería, o la de validez y vigencia apuntada en la Sentencia sobre el Estatuto de Valencia; o su estricta formulación en el último Fallo citado sobre la incorporación de verdaderos derechos en las Declaraciones estatutarias, que ahora ciertamente no se retoma, al menos explícitamente, a pesar de que la cuestión se había planteado como objeto de impugnación en el correspondiente recurso (6).

En efecto durante el tiempo de espera de la Sentencia, muchos temimos que el Tribunal insistiera, de una parte, en la diferenciación entre inconstitucionalidad y nulidad, y, por otro lado, en la de validez y vigencia que auguraban algunos pronunciamientos recientes suyos. El Tribunal había utilizado la distinción entre inconstitucionalidad y nulidad en relación con situaciones en que constataba omisiones del legislador, que podían considerarse inconstitucionales, pero sin poder anular una ley que no existía (STC 45/1989). También concurría una situación parecida cuando el Tribunal consideraba inconstitucional la pretensión de vigencia de una ley en todo el territorio nacional si la ley invadía competencias de alguna Comunidad, aunque la norma podía ser aplicable en las Comunidades en las que el derecho del Estado sí era competente (recuérdese la importante Sentencia 15/1989 sobre el Estatuto del consumidor). Pero a mi juicio el caso más llamativo de la función

(6) Juan José SOLOZÁBAL, «Igualdad y Estado autonómico: los derechos estatutarios», *AFDUAM*, n.º 13, 2009.

exclusivamente declarativa del Tribunal tiene lugar en la reciente Sentencia recaída sobre la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 8/2000). En la STC 236/2007, en efecto, el Tribunal después de establecer que todos los extranjeros tienen, con independencia de su situación de regularidad administrativa, como derivados de su dignidad determinados derechos como el de asociación, reunión, sindicación, tutela judicial efectiva, etc., y que por tanto es inconstitucional que la ley deniegue el ejercicio de los mismos a los extranjeros en situación irregular, no anula los preceptos en que tiene lugar esa privación inconstitucional.

Es interesante asimismo la contraposición a establecer entre validez y vigencia de manera que una ley perdería vigencia sin que fuese declarada inconstitucional, según se apunta en la Sentencia sobre el Estatuto de Valencia. Pero es muy dudoso que este expediente sirva en los casos en que la inconstitucionalidad denunciada es palmaria, constitutiva de una contradicción y no de un mero conflicto de ocupación por el alcance de la invasión competencial. En tales casos no resulta posible evitar un pronunciamiento en términos de constitucionalidad con el consiguiente efecto anulatorio.

La Sentencia 37/2010 salva el Estatuto cuya fábrica institucional, consistente en las competencias que fija y los derechos que contiene, es considerada constitucional. Como se sabe hay muy pocos preceptos declarados, sobre todo si se considera la totalidad de su enunciado, inconstitucionales y por consiguiente nulos. Esta parquedad anulatoria de la Sentencia, a la que aludiremos asimismo al final del trabajo, sólo en parte, a mi juicio, se explica insistiendo en *el carácter interpretativo* que tendría el pronunciamiento del Tribunal en esta ocasión. Como se sabe las sentencias interpretativas rechazan la inconstitucionalidad de la norma objeto del control: son entonces desestimatorias o de rechazo, siempre que, de acuerdo con lo establecido por el Tribunal, se atribuya un determinado sentido a la norma impugnada o se excluyan ciertos significados de la misma. Desde este punto de vista esta Sentencia sólo con reservas cabe ser calificada como interpretativa, pues aunque a veces propone efectivamente una comprensión, digamos orientada, de la norma, deduciendo una regla obligatoria entre las posibles de su enunciado, sea por especificación o exclusión como señalábamos, lo que ordinariamente se hace en la interpretación del Tribunal es contemplar un complemento a incluir necesariamente en la comprensión del precepto cuestionado.

Las sentencias interpretativas, cuya utilización, como se sabe, ha encarecido el Tribunal Constitucional («de muy delicado y difícil uso» STC 5/1981) son sentencias de rechazo, en cuanto no aceptan la pretensión impugnatoria de los recurrentes, pero de indudable trascendencia normativa, pues tras su pronunciamiento el ordenamiento, aunque queda con las mis-

mas disposiciones, no contiene exactamente las mismas normas, o más precisamente reglas, pues entre las mismas no cabe incluir las declaradas inconstitucionales por el Tribunal. Esto conduce a una característica morfológica de este tipo de Sentencias, que se da obviamente en la Sentencia sobre el *Estatut*, y en un grado desconocido hasta el momento en las dictadas por el órgano jurisdiccional español. Me refiero, claro, a la inclusión en el fallo de la doctrina interpretativa *stricto sensu* que se establece en los fundamentos jurídicos. Esta doctrina entonces, como es sólito, no propone imperativamente un modo de entender el precepto, legal o constitucional que interpreta, cuya constitucionalidad salva, según establece el artículo 5 LOTC, sino que determina, por afirmación o negación, el contenido efectivo del ordenamiento, que entonces normativamente fija.

Se trata entonces de una sentencia interpretativa, pero no convencional, sino completiva o aclaratoria. La Sentencia transige de ordinario con la constitucionalidad de la norma estatutaria impugnada: entonces advierte, sobre todo en el caso de las competencias, de la simultaneidad o complementariedad de los títulos de actuación del Estado sobre la materia, de manera que la inclusión estatutaria no supone la exclusión estatal. Así la norma estatutaria, quizás contrariando la voluntad de su autor, no impide absolutamente sobre la misma materia una actuación que puede estar basada en un legítimo título constitucional, extraestatutario por tanto, excepcionando un principio interpretativo, en la inteligencia del Estatuto, que suele recomendarse en el dominio constitucional: *inclusio unius exclusio alterius*. La condición interpretativa de la Sentencia en los términos en que acepto el calificativo, resulta en cualquier caso exponente de un rasgo del pronunciamiento del Tribunal sobre el *Estatut* sobre el que merece la pena detenerse un momento. La justificación de la actuación de los tribunales resulta más que de su capacidad de argumentación de la legitimidad del derecho que aplican, aunque es cierto que en el caso de los Tribunales constitucionales la parquedad del derecho que imponen requiere de una compensación discursiva. Pero ello no nos debe apartar de considerar que la verdadera tarea de un tribunal siempre es la jurisdiccional, esto es, resolver con la fuerza del Estado un conflicto, restableciendo con plena eficacia el derecho infringido o cuestionado, lo que cuando el conflicto es normativo supondrá unos efectos anulatorios innegables. Es cuestionable que el Tribunal Constitucional acentúe su perfil académico, diciendo lo que las cosas deben ser, sobre su dimensión propiamente jurisdiccional anulando lo que las cosas no pueden ser.

Sin duda la condición discursiva o argumentativa de la Sentencia 31/2010 es importante a la hora de determinar sus efectos, tanto retroactiva como proyectivamente hablando. Así es difícil pensar que una Sentencia tan poco

concluyente como ésta pueda tener inmediatamente consecuencias derogatorias que se refiriesen a una regulación que tras la Sentencia se ha quedado sin cobertura constitucional, pues la suministrada por el texto estatutario ha desaparecido si el mismo es anulado por su oposición a la Norma Fundamental. Estaríamos hablando exclusivamente de aquellos desarrollos directos y explícitos llevados a cabo en la legislación autonómica que pueden considerarse despliegue de los preceptos estatutarios declarados inconstitucionales. Por supuesto, caso de plantearse dudas sobre la vigencia de tal regulación autonómica inmediatamente posterior a la publicación del nuevo *Estatut*, podría instarse a través de la vía pertinente, normalmente el recurso de inconstitucionalidad, o la cuestión dado el plazo temporal limitado en el que ha de presentarse el recurso, el correspondiente pronunciamiento del Tribunal Constitucional. Por lo que hace a la eficacia proyectiva de la Sentencia es bien difícil de imaginar sin pensar en la intervención del Tribunal Constitucional que tendrá la ardua tarea de asegurar simultáneamente en un futuro presumiblemente bien litigioso las atribuciones estatutarias y las constitucionales, sea frente a la normativa estatal o la territorial, pues la delimitación competencial no está acabada, según hemos visto, en la especificación estatutaria.

A mi juicio, el prurito académico al que me refería hace un momento, subrayado por la vertiente interpretativa de la Sentencia, hace incurrir al Tribunal en consideraciones curiosas, que a veces pueden resultar innecesarias o equivocadas. Así el Tribunal puede pronunciarse sobre la posición ordinal de la ley orgánica como fuente inordinada a la Constitución y diferenciada de otras por el principio competencial, «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»; o el Tribunal puede afirmar que el Estado autonómico asume el pluralismo normativo más restrictivamente que el federal, puesto que no son identificables el Estatuto y la Constitución de un Estado miembro, de modo que ambas formas políticas son diferentes. Para el Tribunal Constitucional en el Estado federal se da un pluralismo jurisdiccional que no se conoce en el sistema autonómico donde el poder judicial es único, «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» (afirmación a la que podría oponerse el ejemplo de Austria, cuya condición federal, a pesar de la concepción unitaria del poder judicial nadie discute). Este afán clasificatorio o sistematizador, muy propio de un colegio académico, lleva al Tribunal Constitucional a distinguir no entre formas federativas y confederativas, lo que habría sido del máximo interés, aunque seguramente asimismo improce-

dente desde el punto de vista del cumplimiento de la labor exclusivamente jurisdiccional que le está encomendada, sino entre las formas federativas y el Estado autonómico, lo que resulta ciertamente discutible.

A veces la terminología utilizada en la Sentencia es algo equívoca o mejorable en su precisión. Por ejemplo, se dice en un momento, en la Constitución española al lado de derechos, de los que se subraya exclusivamente su papel limitador de los poderes públicos, hay señala el Tribunal, en una fórmula inefable, «cláusulas habilitantes para el desarrollo de determinadas opciones legislativas». O cuando el artículo 15 del Estatuto reconoce el «derecho a vivir con dignidad, seguridad o autonomía», lo que esta disposición contiene no es, como parece, un derecho, sino, «la expresión formal de la voluntad de comunión del Estatuto con el fundamento declarado del orden de convivencia ordenado desde la Constitución».

III. EL CENTRO TEMÁTICO DE LA SENTENCIA: EL ESTATUTO COMO FUENTE:

- A. SUS BASES JURÍDICO-POLÍTICAS Y ASPECTOS IDENTITARIOS. B. LA DELIMITACIÓN NEGATIVA DE SU CONTENIDO: 1. EL ESTATUTO NO ES UNA NORMA CON FUNCIONES DE CONFIGURACIÓN. 2. O QUE DEFINA LA NOCIÓN DE BASES. 3. O QUE ESTABLEZCA DERECHOS

La doctrina constitucional de la Sentencia 31/2010 puede exponerse explorando la idea que sobre el Estatuto se mantiene en ella, recogiendo diversos pronunciamientos de la misma que ante todo ahondan en la delimitación negativa de esta fuente, de modo que se nos dice más lo que no es el Estatuto que aquello en que esta norma consiste. Por lo demás se trata de pronunciamientos que no se entienden cabalmente si no se ven, a pesar de sus aspectos innovativos, indudables, en una línea de continuidad, especialmente pero no sólo, con la Sentencia sobre el Estatuto de Valencia. Para el Tribunal Constitucional el Estatuto de autonomía, que es una norma a la que se le asigna una triple función: funda la Comunidad, es la norma institucional básica de ésta y pertenece al ordenamiento jurídico del Estado (7), no es expresión de poder constituyente, que manifiesta soberanía, y que sólo corresponde a la Nación española. En sentido jurídico constitucional no puede hablarse, entonces, dice el Tribunal Constitucional, de *nación catalana*, ni se puede referir

(7) La específica función constitucional del Estatuto y su procedimiento de aprobación pactado, se dice en la Sentencia, «convierten al Estatuto en una categoría normativa singular en el sistema de fuentes, sin otro parámetro de validez que la Constitución misma y con un ámbito material que ha de corresponderse con el papel que le cumple como norma de cabecera de un ordenamiento autónomo».

la expresión nación «a otro sujeto que no sea el pueblo titular de la soberanía». Naturalmente cabe una acepción cultural o espiritual de este término: así hay que entender, «desprovista(s) de alcance jurídico interpretativo», la mención del Preámbulo a la realidad nacional de Cataluña y la declaración del Parlamento de Cataluña sobre la nación catalana; en tales términos no verdaderamente normativos, «la autorrepresentación de una colectividad como una realidad nacional en sentido ideológico, histórico o cultural tiene plena cabida en el Ordenamiento democrático como expresión de una idea perfectamente legítima». Incluso, reformando la Constitución, dicha figura podría adquirir otro sentido, y, haciéndose nación soberana, alcanzarse la independencia, cuya solicitud es perfectamente lícita desde un punto de vista constitucional.

A mi juicio estamos ante un pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre *las propias bases del Estatuto*, formulado exclusivamente con un criterio jurídico, en el orden «de la razón de Derecho». Tal afirmación resulta, en primer lugar, *debida*, en función del principio de congruencia procesal, que obliga también al Tribunal Constitucional a pronunciarse respondiendo a los *petita* de la demanda correspondiente. De manera que no se ha tratado de una proclamación política o voluntaria del Tribunal, *sponte sua*, sino de la respuesta obligada sobre el particular a quienes usando su legitimación que el ordenamiento les reconoce (esto es, los recurrentes) han denunciado la inconstitucionalidad de las cláusulas estatutarias, especialmente, del Preámbulo, que se refieren a esta cuestión.

En segundo lugar, se trata de un pronunciamiento *necesario*. Era necesario un pronunciamiento del Tribunal habida cuenta del soporte espiritual del orden constitucional de la idea de Nación; y del valor del concepto de soberanía, pues la Constitución es la decisión soberana de la Nación sobre su configuración política. También, en tercer lugar, se trata de un pronunciamiento *firme y concluyente*, pero no hay insistencia redundante o machacona; estamos ante un corolario limpio, en términos de lógica, y de contenido sobrio.

Lateralmente, pero con un significado identitario obvio, hay otras tres afirmaciones interesantes del Tribunal: me refiero a la aceptación del *término nacionales* para referirse a los símbolos de Cataluña; el valor jurídico del Preámbulo y a la mención, en tercer lugar, en los Estatutos de los derechos históricos, como base del autogobierno. En efecto, el Tribunal Constitucional entiende que la calificación atribuida por el Estatuto a los símbolos de Cataluña, puede ser la de nacionales, por corresponder esta denominación a la propia de una nacionalidad, como sujeto político reconocido, dentro del marco constitucional, por el mismo Estatuto. *Se trata, en suma*, «de los sím-

bolos propios de una nacionalidad, sin pretensión, por ello, de competencia o contradicción con los símbolos de la Nación española».

Interesante asimismo es la consideración que en la Sentencia se asume de los Preámbulos. La Sentencia, a mi juicio tan acertada como sintéticamente, reconoce valor jurídico, no normativo al Preámbulo: lo considera instrumento de interpretación genética e indicador de una voluntad legislativa que naturalmente no puede imponerse al Tribunal Constitucional, que es el auténtico y supremo intérprete de la Constitución. Los Preámbulos, como las Exposiciones de leyes «sin prescribir efectos jurídicamente obligados y caer, por ello, del valor preceptivo propio de las normas de Derecho, tienen un valor jurídicamente cualificado como pauta de interpretación de tales normas».

Finalmente el Tribunal Constitucional en esta Sentencia asume moderadamente una fundamentación historicista del sistema institucional, que subraya la diferencia interpretativa que se impone cuando se considera la base constitucional de los derechos históricos vascos de la que puede proporcionar el reconocimiento de los mismos para Cataluña que se desprende de su inclusión en el Estatuto. En el caso de Cataluña la relevancia competencial de los *derechos históricos* se limita al campo privado; en su posible dimensión pública indican los derechos históricos una singularidad que se expresa agotadoramente en el texto estatutario. En efecto, limitadamente, de manera completamente diferente a la que «la Constitución ha reconocido a los derechos de los territorios forales de la disposición adicional primera, el artículo 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».

Las afirmaciones del Tribunal sobre la lengua interesan porque contribuyen a delinear más explícitamente lo que podríamos llamar *una idea constitucional lingüística*, que sólo, como se sabe, queda apuntada en el actual texto constitucional. Resumidamente lo que dice el Tribunal, podríamos decir, se enmarca en lo que cabría considerar *idea equilibrada del bilingüismo, o bilingüismo perfecto* (8), que prohíbe una política autonómica de marginación o postergación de ninguna de las lenguas oficiales A la prohibición de

(8) Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, «El régimen constitucional del bilingüismo: La cooficialidad lingüística como garantía institucional», *Revista española de derecho constitucional*, ISSN 0211-5743, Año n.º 19, n.º 55, 1999, págs. 11-41. A. LÓPEZ CASTILLO, «Aproximación al modelo lingüístico español: un apunte crítico», *Revista de derecho político*, n.º 7172, 2008.

preferición, que la Constitución establece, como sinónimo o suma de tratamiento desconsiderado, equipara el Tribunal la atribución de preferencia a lengua alguna ya que el carácter de lengua oficial de un idioma impide su postergación. La condición de oficial de una lengua supone «que se utiliza por los poderes públicos entre sí y los ciudadanos». La lengua oficial, establecida como tal por el Estatuto con habilitación de la reserva constitucional, además del castellano puede ser la lengua propia o privativa (una especificación constitucional al respecto contemplando esta actuación estatutaria podría impedir que el castellano en las Comunidades Autónomas bilingües, se pudiese considerar entonces como idioma impropio o no propio, en el sentido de ajeno o impuesto, con menos legitimidad por ello para su utilización).

La condición del castellano como idioma oficial en el Estado se corresponde con su condición de lengua común de la Nación. Esto no obsta a que el idioma propio de la Comunidad Autónoma se constituya en el centro de gravedad del sistema lingüístico, o que pueda ser objeto de políticas de recuperación, que compensen sus desventajas deducibles de un descuido y postergación durante siglos quizás, si no persecución en algunos períodos, como ocurrió durante el franquismo, y de desconsideración durante otras épocas. Entonces es perfectamente posible que la lengua originaria sea considerada estatutariamente como lengua vehicular para los poderes públicos correspondientes, catalanes en este caso concreto, pues ello cabe dentro de las atribuciones del Estatuto, pero esto no impide que el castellano tenga asimismo ese carácter. «El catalán debe ser, por tanto, lengua vehicular y de aprendizaje en la enseñanza, pero no la única que goce de tal condición, predicable con igual título del castellano en tanto que lengua asimismo oficial en Cataluña». El castellano como idioma oficial, es de uso normal por la Administración: el poder público, estatal o catalán, no pueden tener preferencia por ninguno de los dos idiomas oficiales. «El castellano no puede dejar de ser también lengua vehicular y de aprendizaje del castellano». De modo que la mención estatutaria del catalán exclusivamente en tal sentido «no impide el libre y eficaz ejercicio del derecho a recibir la enseñanza en castellano como lengua vehicular y de aprendizaje en la enseñanza».

Discutiblemente desde un punto de vista teórico el deber de conocimiento de un idioma, sólo predicable del castellano constitucionalmente y, como se sabe, establecido para el catalán en el texto estatutario, se contempla en la Sentencia sobre el *Estatut* como correlato de la facultad (única o compartida) de utilizar el idioma en cuestión por parte del poder público correspondiente. De modo que, para el Tribunal el deber de conocer el castellano es la obligación correspondiente a la facultad del Estado de utilizar el castellano exclusivamente como lengua oficial, como lengua de comunicación de los

ciudadanos. Ahora bien, esa facultad de utilizar el idioma oficial por la Administración no existe en el caso del catalán, de modo que como a la Administración catalana puede dirigirse uno en castellano o catalán, no se establece entonces el deber de conocer el catalán como obligación general. Pero sí puede imponerse en el *Estatut* como obligación individualizada y exigible en la administración y la enseñanza en cuanto en esos ámbitos el derecho de opción lingüística exige para su observancia a todos los funcionarios el conocimiento del catalán: cabe entonces, para el Tribunal Constitucional, como obligación «individualizada y exigible», el deber de conocer el catalán.

Finalmente, del derecho de opción lingüística en el mundo privado se sigue, dice el Tribunal, el deber de disponibilidad u obligación de una empresa de poder ofrecer sus servicios en catalán. Este deber no atenta contra la libertad de empresa —entre otros derechos— pero de él no se sigue la imposición a las empresas abiertas al público «obligaciones individuales, directas o inmediatas», pues, se dice de modo algo inconsistente, «el derecho a ser atendido en cualquiera de las lenguas sólo puede ser exigible en las relaciones entre los poderes públicos y los ciudadanos».

Creo que el Tribunal Constitucional no innova excesivamente lo que tiene dicho acerca del *contenido* del Estatuto, que en un sentido mínimo se contrae a los términos de la reserva expresada en el artículo 147 de la Constitución (9), pero que, como contenido posible, puede alcanzar hasta donde lo requiera la realización concreta y directa de las funciones estatutarias. Pero la Sentencia dice cosas interesantes, especialmente como señalábamos en negativo, señalando precisamente los límites estatutarios, de acuerdo con dos criterios que expuestos sintéticamente equivalen a lo siguiente. Según un principio que el Tribunal denomina *lógico cuantitativo*, teniendo en cuenta la rigidez del rango estatutario, el Tribunal viene a recomendar la parquedad en el contenido de la norma, de acuerdo también con la maximización, que no deja de justificarse desde una lógica democrática, de la reversibilidad normativa: la especial rigidez del estatuto de Autonomía «supone una petrificación del contenido que puede llegar a no compatibilizarse con un efectivo derecho a la participación política en el ejercicio de los poderes estatuidos». En segundo lugar, además, el Tribunal prohíbe al Estatuto asumir *una fun-*

(9) Artículo 147.2 CE: «Los Estatutos de autonomía deberán contener:

- a) La denominación de la Comunidad que mejor corresponda a su identidad histórica.
- b) La delimitación de su territorio.
- c) La denominación, organización y sede de las instituciones autonómicas propias.
- d) Las competencias asumidas dentro del marco establecido en la Constitución y las bases para el traspaso de los servicios correspondientes a las mismas».

ción configurativa, de manera que se convierta en sujeto constituyente, haciendo las veces de la Constitución o del Tribunal Constitucional: El Tribunal Constitucional es la instancia a la que únicamente corresponde la definición competente e indiscutible de las categorías y principios constitucionales, pues el Estatuto ni es obra del constituyente ni puede hacer lo que lleva a cabo el Tribunal Constitucional.

Si yo entiendo bien, el Tribunal Constitucional viene a decir: dada la explicitud, más bien contenida de la Constitución, y el carácter inevitablemente ocasional de sus pronunciamientos como instancia jurisdiccional, susceptibles sin duda de un tratamiento sistemático, se entiende que el Estatuto asuma una labor instrumental interpretativa, pero sin olvidar que necesariamente se trata de una descripción y que, en cualquier caso, el rango de la misma es el estatutario, de modo que tal descripción, aunque pueda ser correcta o no contraria a la jurisprudencia constitucional, no puede sustituir a ésta, y por tanto esos planteamientos, «el Tribunal puede en el futuro modificarlos o revisarlos». Las competencias de la Comunidad Autónoma, aunque fijadas estatutariamente, son constitucionales, de modo que la protección del Estatuto al final siempre es constitucional, mediatamente constitucional diríamos. Así, dice el Tribunal, «las funciones comprendidas en las competencias de las que puede ser titular la Comunidad Autónoma de Cataluña serán siempre y sólo las que se deriven de la interpretación de la Constitución, reservada a este Tribunal y, de no mediar la oportuna reforma constitucional, su contenido y alcance no serán sino el que eventualmente resulte de la propia evolución de nuestra jurisprudencia».

El Estatuto sin duda establece el objeto al que se refiere la competencia, esto es, la materia o submateria a la que corresponde, pero no puede determinar la clase de facultades en que el título competencial consiste: puede determinar si se tiene la competencia y sobre qué ámbito recae, pero no definir la competencia. De manera aun más clara: el Estatuto puede decir si el poder público autonómico es competente y sobre qué objeto y en qué medida, pero no puede decir qué es ser competente, pues ello sería determinar la configuración de un poder público lo que sólo puede hacer la Constitución.

Por eso el Tribunal Constitucional reacciona, a mi juicio desmedidamente, cuando se encuentra con el artículo 111 del Estatuto que describe correctamente una competencia (la fijación de las bases), diría yo, pero que es dudoso, como cree el Tribunal Constitucional, que la configure propiamente. Según el artículo en cuestión en las materias compartidas, las competencias de la Generalitat se ejercerán en el marco de las bases que fije el Estado «como principios o mínimo común normativo con normas de rango de ley,

excepto en los supuestos que se determinen de acuerdo con la Constitución y el presente Estatuto». Me parece que, aun necesitando de algún matiz, el Estatuto describe correctamente en lo que se ha transcrito en qué consiste la competencia de establecimiento de las bases, pero sin definir o configurar propiamente la categoría, labor que puede hacer, y no hace, el constituyente y lleva a cabo el Tribunal Constitucional. Rasgo típico, viene a decir el Tribunal Constitucional, del Estado autonómico es el carácter compartido de las competencias: precisamente el Estatuto de Cataluña se refiere a un elemento clave de la regulación compartida que es la noción de base, definida en los términos que conocemos. El Tribunal Constitucional rechaza enérgicamente la prescripción del artículo 111 del Estatuto que considera inconstitucional y que anula, determinando, con toda corrección, que las bases pueden contenerse en normas no legales y que pueden tener un contenido que excede al señalamiento de principios.

En realidad se trata de una extralimitación del Tribunal, si se admite que su pronunciamiento por esta cuestión obedece a una oposición de fondo, derivada de la negación de capacidad definitoria o configuradora al legislador estatutario, y no meramente competencial, en cuanto la facultad de definir el concepto de bases es del constituyente y del propio Tribunal. En efecto cabría una comprensión de este precepto admitiendo que la expresión «excepto» abre no una cautela excepcional o extraordinaria, sino fuera de lo normal u ordinario, y referente tanto al rango del medio normativo (ley, reglamento, acto) como a su contenido (principios o normación concreta de un aspecto fundamental de la materia).

En definitiva la proyección de esta línea interpretativa del Tribunal vedando funciones configurativas al estatuyente a lo que equivale es a prohibirle actuación alguna, al menos constitutiva, sobre el sistema de fuentes, terreno en el que se fijan «las categorías y conceptos» por antonomasia. Así el Estatuto no puede definir las bases o establecerlas *ex novo*, aunque sí podría proceder a su descripción, si ello, en un labor evidentemente interpretativa, resultase de utilidad para el ejercicio de las competencias autonómicas: en este caso, partiendo de lo que sean, o se entiende que sean las bases, se podrá establecer la legislación de desarrollo. La determinación del ámbito estatal sirve para la actuación de la competencia estatutaria. Lo que ocurre es que esto que, según el Tribunal, se hace mal por el Estatuto, en relación con la definición de la noción de bases, no tanto porque se lleve a cabo incorrectamente como porque se actúa impropriamente o indebidamente, se lleva a efecto en algún otro caso sin merecer el reproche del Tribunal. Me refiero al artículo 189 del Estatuto de Cataluña, apartado 3.º, que adopta, sin lugar a dudas, una decisión interpretativa sobre el sistema de fuentes, que según la

doctrina del Tribunal no debería corresponderle, al prever la habilitación de la Generalitat, para deducir de la legislación de la Unión Europea que sustituya a la normativa básica del Estado, aprobando las leyes de desarrollo correspondientes. De acuerdo con este artículo, en efecto, «en el caso de que la Unión Europea establezca una legislación que sustituya a la normativa básica del estado, la Generalitat puede adoptar la legislación de desarrollo a partir de las normas europeas».

En el fondo, aunque se aduzcan razones de otro tipo, como son las institucionales o la necesidad de garantizar la homogeneidad del ordenamiento (así se dice, de una parte, que el Estatuto no debe ocuparse de *la materia de derechos* porque ello estaría reservado a la ley orgánica y, además, produciría un pluralismo incompatible con la uniformidad exigible del ordenamiento constitucional), es la relación de los derechos fundamentales con la soberanía, como contenido obligado de la Constitución y exclusivo, lo que está detrás de la negativa del Tribunal Constitucional a admitir derechos estatutarios. No comparto, como he señalado en varias ocasiones, esta posición doctrinal, que, no obstante, y como mostraré de inmediato, se ha dulcificado algo frente a la línea rígida de la Sentencia sobre Valencia, que no estaba dispuesta a reconocer sino una trascendencia principal a las cláusulas que formalmente se presentasen como prescriptivas. Por razones que no son ahora de considerar pienso que en la medida que se refieran a ámbitos competenciales respecto de los que tengan atribuciones las Comunidades Autónomas, y en la medida en que lo permitan los propios términos de su reconocimiento, en punto a la claridad de las facultades que comprendan, hay margen para la inclusión de derechos estatutarios. En ese sentido además puede tenerse en cuenta que precisamente el Estatuto vasco procedía a especificar derechos, como el de la igualdad, prohibiendo la discriminación por razones de lengua (10).

En este caso del *Estatut* de Cataluña se entiende que el Tribunal asume las tesis de la Sentencia sobre el Estatuto de Valencia y no se refiere a esta cuestión. No ve, entonces, motivos de inconstitucionalidad en las alegaciones que se hacen sobre el derecho a vivir con dignidad el proceso de la muerte o el testamento vital o el derecho a una educación laica (que no plantea problemas pues se reitera el derecho de los padres a recibir una educación conforme a sus convicciones), etc. (11). Curiosamente, con todo, y en una línea cuyo sentido doctrinal parcialmente rectificador no puede obviarse, el Tribunal acepta que los derechos estatutarios puedan ser verdaderos dere-

(10) *Las Bases Constitucionales del Estado Autonómico*, Madrid, 1998, pág. 144.

(11) Art. cit., «El Estatuto de Cataluña ante el Tribunal Constitucional».

chos subjetivos y no, como dice en otro pasaje, meras habilitaciones de opciones legislativas, cuando rebate la idea de los recurrentes de que el Estatuto contempla un derecho de amparo para los derechos estatutarios. Se limita el Estatuto, viene a decir el Tribunal, a prever una protección de los mismos regulada por el legislador competente (o sea, el estatal). Pero de este modo el Tribunal Constitucional no deja de asumir que en los Estatutos hay derechos subjetivos protegibles, esto es, facultades o pretensiones accionables, esto es, por tanto verdaderos derechos.

IV. EL PRINCIPIO DE PARTICIPACIÓN EN EL NUEVO *ESTATUT*

El examen que estamos llevando de la Sentencia sobre el *Estatut* puede completarse tratando de responder a dos interesantes interrogaciones: ¿Qué innova el *Estatut*? Y, como conclusión final, ¿ha sido deferente el Tribunal Constitucional con el *Estatut*?

Frente a quienes han insistido en presentar la Sentencia sobre el *Estatut* como una regresión o un paso atrás, me parece que hay que apuntar a las novedades que la misma comporta. Sin duda dos, sobre la segunda de las cuales, como es obvio, habremos de insistir, pues a la primera cuestión ya nos hemos referido. Desde un punto de vista formal, como vimos, y a pesar de que tenía que resolver casi doscientas impugnaciones, bastantes de ellas bien infundadas, la Sentencia es muy clara y directa: evita lo farragoso y va directamente a las cuestiones, a lo que ayuda sin duda, como dijimos, la franca separación que se establece entre antecedentes y fundamentación jurídica y que facilita su lectura.

Pero en cuanto al fondo también hay alguna novedad: la Sentencia acoge con gusto, los desarrollos federales del Estatuto. Sobre todo la idea de que las Comunidades Autónomas tienen algo que decir, no decisivo ni en los términos en que ellas lo establezcan, en el ejercicio de las competencias exclusivas del Estado. De modo que los títulos estatutarios no determinan las competencias del Estado, esto es, casi siempre las competencias de la Comunidad son compartidas, pero los Estatutos inciden en las competencias del Estado, que tampoco tiene totalmente competencias exclusivas, o que impidan absolutamente la participación autonómica.

Es plenamente lógico y coherente con la trayectoria del Tribunal, que también en esta Sentencia se insista sobre la impropiedad de la atribución de exclusividad a las definiciones competenciales estatutarias, de modo que no nos extraña la afirmación reiterada de que los pronunciamientos estatutarios a favor de los poderes autonómicos no pueden impedir al Estado la afirma-

ción de sus competencias estatales sobre la misma materia (12). Pero esta toma de posición de la Sentencia está contrabalanceada por la previsión de que por su parte el Estatuto contemple la actuación de la Comunidad Autónoma en el ejercicio de la competencia del Estado, en una aceptación inequívoca del principio de colaboración del Estado autonómico, como llega a decir explícitamente el propio Tribunal en más de una ocasión.

El Tribunal reconoce la participación en diversos ámbitos y ocasiones. Es el caso, por ejemplo, del principio de bilateralidad, reconociendo, por tanto, la constitucionalidad de instituciones como la Comisión mixta Gobierno-Generalitat; asimismo, admitiendo la facultad de la Comunidad Autónoma para solicitar la firma de tratados o recibir información sobre los mismos. O la capacidad de propuesta en la composición de diferentes organismos o instituciones del Estado. O su intervención en el ejercicio de algunas competencias del Estado, así sobre la planificación de la economía; o la participación de la Comunidad Autónoma en relación con la competencia del Estado respecto de las comunicaciones por carretera entre varias Comunidades Autónomas; o en la propuesta de la Comunidad sobre la fijación del número de inmigrantes a admitir. Se trata en todos estos supuestos de una intervención de la Comunidad Autónoma en relación con el ejercicio de competencias del Estado que inciden en el ejercicio de las competencias autonómicas: son previsiones hechas en el Estatuto en términos generales; y además son actuaciones autonómicas que no ponen en cuestión ni que los términos en que se contemple la intervención de la Comunidad Autónoma serán establecidos por el Estado, ni, en segundo lugar, que la decisión sobre la oportunidad de su ejercicio corresponde a tal instancia como titular de tales competencias.

Así en concreto, la previsión de la colaboración no puede establecer una dualidad imposible (Estado-Generalitat) y no puede contemplar una participación decisoria en los órganos estatales. De este modo se admite, decíamos, la constancia estatutaria del principio de bilateralidad y la constitución de la Comisión Generalitat-Estado que se refiere a la colaboración entre la Generalitat y el Estado central y no pone en cuestión, ni condiciona, la actuación de los órganos del Estado, sobre todo de las Cortes. El Tribunal Constitucio-

(12) Paladínamente: La atribución estatutaria de la exclusividad a la Comunidad Autónoma, «no impide el ejercicio de las competencias exclusivas del Estado *ex artículo 149.1*, sea cuando éstas concurren con las autonómicas sobre el mismo espacio u objeto físico, sea cuando se trate de materias de competencia compartida» con independencia de la expresión que, con propósitos descriptivos, se utilice en el Estatuto. Pero se trata de una idea muy reiterada en la Sentencia: por ejemplo, en relación con los títulos compartidos por el Estado y la Comunidad Autónoma para el control de los entes locales.

nal señala que, «la calificación que el artículo 183.1 EAC efectúa de la comisión Bilateral Generalitat-Estado, como “marco general y permanente de relación entre los Gobiernos de la Generalitat y del Estado” no es contraria a la Constitución interpretada en el sentido de que no excluye otros marcos de relación, ni otorga a dicha Comisión función distinta de la de cooperación voluntaria en el ámbito de las competencias de ambos Gobiernos, que son indisponibles». Las decisiones o acuerdos que «en su caso puede adoptar la Comisión Bilateral, en tanto que órgano de cooperación» no impedirán el libre y pleno ejercicio por el Estado de sus propias competencias ni, en consecuencia, podrán sustituir, vincular o dejar sin efecto las decisiones que les corresponda adoptar.

De este modo, como en el plano internacional más amplio, en el derecho comunitario, y establecido que la actuación del Estado afecte a los intereses o competencias de Cataluña, el Tribunal Constitucional reconoce un derecho de participación catalana en la formación de la posición del Estado, que se formula en un ámbito multilateral. Tal actitud es congruente con la tesis del Tribunal constitucional de que «cuando el Estado asuma compromisos con la Unión Europea debe contar con el máximo consenso posible dentro de las CCAA». Por ello es constitucional, toda vez que se hace sin merma de las atribuciones del Estado, la previsión estatutaria— según afecte o no a Cataluña exclusivamente— y los modos de establecer la participación de Cataluña en la toma de posición del Estado. En ese sentido se contempla en el Estatuto la participación, dentro de la representación española, de representantes de la Generalitat que no ponen en cuestión la asistencia de miembros de otras Comunidades Autónomas y que corresponde regular o al derecho comunitario o al derecho español.

V. ¿ES DEFERENTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CON EL *ESTATUT*?:
EJEMPLOS DE ACTITUD COMPENSIVA (CONSULTAS POPULARES, FINANCIACIÓN O
ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA) O POSICIÓN CRÍTICA (INMIGRACIÓN Y
PRONUNCIAMIENTOS ANULATORIOS)

Aunque como se sabe se trata de un ingrediente discutible, el Tribunal asume con naturalidad un componente identitario del *Estatut*, patente en múltiples preceptos del mismo expresamente, por no referirnos a un aire o sintonía en ese sentido a nuestro juicio fácilmente perceptible. Tampoco la Sentencia dice nada sobre algunos aspectos que desde un punto de vista técnico podrían señalarse como cuestionables: nos referimos al detallismo reglamentista quizás no compatible con la condición sintética y principalista

que parece aconsejable en las normas como la estatutaria de, la expresión es de Carles Viver, hechura constitucional, y que podría angostar el espacio del legislador autonómico del futuro. Nada se objeta a la carga ideológica perceptible en determinadas interpretaciones históricas, tan cuestionables como prescindibles, ni se revisan evidentes manifestaciones de un mimetismo constitucional claro. Acertadamente el Tribunal comprende que su función no es establecer el canon de corrección ideológica de las pretensiones de los autores del texto estatutario, cuya utilidad para la intelección del contenido dispositivo del Estatuto ha de ser bien magra, habida cuenta de la poca significación de la interpretación auténtica o genética de los textos constitucionales, cuya voluntad se desprende exclusivamente de sus mandatos prescriptivos. Como ya señalamos en su momento el Tribunal en esencia, esto es, las competencias y los derechos establecidos en la norma, declara válido el *Estatut*. De otro lado, la suprema instancia jurisdiccional rechaza en diversas ocasiones pronunciamientos preventivos-proyectivos sobre posibles desarrollos normativos del Estatuto aducidos por los recurrentes, pero que no se han producido y por tanto no son controlables por el Tribunal. Lo cierto es que el Tribunal jamás hace un reproche o verifica una crítica, fácilmente soportable en términos técnicos, a las alegaciones que las partes aducen, y ello de modo especial cuando la defensa representaba la posición de la Generalitat.

Podríamos poner ejemplos en los que la actitud del Tribunal Constitucional puede presentarse como generosa o más bien cicatera. Así concluyo. De la primera posición pueden aducirse dos casos bien interesantes. Nos referimos primeramente a la doctrina sobre la competencia de la Comunidad Autónoma en materia de *consultas populares*. El Tribunal, de una parte, confirma, en la línea de la Sentencia sobre la Ley Vasca autorizando la convocatoria del referéndum propugnado por el gobierno Ibarretxe, la condición del referéndum constitucional como una modalidad de las consultas populares. Además del referéndum, cabe otro tipo de consultas, «encuestas, audiencias públicas y foros de participación» a los que se refiere el Estatuto. Éstas no necesitan autorización para su celebración y el régimen de las mismas corresponde establecerlo a la Comunidad Autónoma, si se refieren a materias de competencia autonómica. Por otra parte, la exclusividad, en relación con la competencia del Estado sobre el referéndum, alcanza no sólo a la autorización de su convocatoria sino asimismo a la regulación de su régimen (13).

(13) Véanse las consideraciones sensatas de N. PÉREZ SOLA en «La competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas en materia de consultas populares», *Teoría y realidad constitucional*, n.º 24, 2009.

No se aparta mucho de esta actitud benévola hacia la competencia de la Comunidad Autónoma, en relación con una materia donde la suspicacia constitucional es bastante clara, y que el Tribunal supera en lo que se refiere a las consultas sobre cuestiones a las que alcanza la competencia de la comunidad, la doctrina del Tribunal respecto de algunos aspectos de *la financiación de la Comunidad Autónoma* que parecían cuestionables para algunos expertos en la materia (14). En efecto, el Tribunal se ocupa de la constitucionalidad de los principios fijados en el Estatuto sobre los criterios de la contribución fiscal de la Comunidad Autónoma que se condiciona, en primer lugar, a que las Comunidades Autónomas realicen un esfuerzo fiscal suficiente; y que, en segundo lugar, tiene el límite de la ordinalidad, sin alterar, «la posición de Cataluña en la ordenación de rentas *per capita* entre las Comunidades Autónomas antes de la nivelación».

El Tribunal entiende que el primer condicionamiento es lesivo para la competencia del Estado «para regular el ejercicio de las competencias financieras de la CA y fijar los niveles de su contribución a la nivelación y a la solidaridad». En este contexto, «la determinación de cual sea el esfuerzo fiscal que hayan de realizar las CCAA es cuestión que sólo corresponde regular al propio Estado, tras las actuaciones correspondientes en el seno del sistema multilateral de cooperación y coordinación constitucionalmente previsto». En cambio la aceptación de la ordinalidad como limitación de la contribución a la nivelación le parece al Tribunal Constitucional un tope constitucionalmente adecuado, pues la contribución desproporcionada de la Comunidad Autónoma sería contraria a los principios de solidaridad y garantía del equilibrio (15).

Bajo este prisma comprensivo de las atribuciones estatutarias pueden entenderse algunos otros desarrollos doctrinales de la Sentencia referentes a *la organización de la Administración autonómica*, hablando, por ejemplo, primero, de su condición como administración ordinaria, o, en segundo lugar, sobre su despliegue territorial. Según el Tribunal Constitucional la declaración estatutaria de la Administración autonómica como Administración ordinaria no significa la eliminación de la Administración periférica del Estado: se limita a prever su acrecimiento mediante transferencias del Estado, que pueden cumplimentarse o no; y en modo alguno pueden atribuir un sig-

(14) Álvaro RODRÍGUEZ BEREJO, «Aspectos constitucionales de la financiación autonómica: presente y futuro», XXV Aniversario de la LORAFNA. Pamplona 2007.

(15) Mi contribución «Las relaciones entre la Constitución, la LOFCA y los Estatutos de autonomía», al Seminario: «La reforma de la financiación autonómica en España. Las modificaciones estatutarias: problemas y Perspectivas». 19 de noviembre de 2008. Albacete.

nificado prescriptivo a la configuración de la Administración única [a mi juicio no parece del todo correcto prescindir de este propósito al considerar la regulación estatutaria (16)]. Por otra parte su realización, de llevarse a cabo, debería respetar «los límites de la Constitución».

Por lo que se refiere a la regulación autonómica del *régimen local*, la Sentencia 31/2010 ni, contra lo que sostienen los demandantes, pone en cuestión la atribución al Estado de la competencia para establecer las bases del régimen jurídico de tal materia, reconocida en la Constitución, ni pretende una interiorización que acabe con la naturaleza dual del ordenamiento local. Asimismo, según el Tribunal, la fijación estatutaria de las competencias al respecto, se mueve dentro del espectro de atribuciones de la Comunidad Autónoma (tráfico, coordinación de la policía en las Juntas de Seguridad). De otro lado, las facultades de control en este ámbito se reconocen a la Comunidad Autónoma, sin demérito de las que puedan pertenecer al Estado.

En lo que toca a *la ordenación territorial interna*, a juicio del Tribunal Constitucional, la competencia estatutaria para la regulación del régimen territorial de Cataluña no pone en cuestión la existencia y garantía de la provincia asegurada constitucionalmente. La veguería puede ser creada y regulada como órgano de cooperación municipal y demarcación supercomarcal de los servicios de la Generalitat. El problema es si coincide o no con la provincia. Si coincide, su órgano de gobierno y administración pasará a ser el Consejo Comarcal, al que brevemente se refiere el Estatuto y que será regulado por el derecho del Estado. Si no coincide el Consejo no podría sustituir a la Diputación, pues, según el Tribunal Constitucional, tal eventualidad sólo es admisible «si los límites geográficos de las veguerías coinciden con los de las provincias».

En cambio la doctrina del Tribunal Constitucional *sobre inmigración* puede denotar una actitud más bien cicatera por su parte. De entrada el Tribunal es consciente de la *vis* expansiva de la competencia estatal sobre inmigración como título transversal. La competencia sobre inmigración no puede entenderse como un título horizontal de alcance ilimitado que enerva la actuación sectorial de las Comunidades Autónomas afectante a la población migratoria, esto es, servicios sociales y políticas públicas. Pero las potestades autonómicas de carácter asistencial y social que incidan sobre la población, así la de «primera acogida», han de ser entendidas escuetamente y sin poner en peligro la competencia estatal. La Sentencia piensa en un criterio de distribución de actuaciones que atribuye al Estado central la disciplina del régimen del inmigrante y reserva para la Generalitat la regulación de su sta-

(16) Véase mi «El marco estatutario del régimen local», *RAP*, n.º 159, 2009.

tus laboral. Ahora bien la atribución de competencia autonómica estatutaria en las decisiones sobre inmigración del Estado (especialmente sobre la determinación del contingente de trabajadores extranjeros) no es impertinente como «mecanismo» o fórmula de cooperación, pues se establece en términos generales y no pone en cuestión la competencia del Estado sobre la materia. En todo caso es «a la legislación estatal a la que corresponde libremente determinar los concretos términos, formas y condiciones de la participación de la Comunidad Autónoma... 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».

Como digo, me parece que se hace una lectura suspicaz del Estatuto, que se podía haber salvado con una doctrina más orientada a la eficacia y atención del inmigrante. Quizás en la inmigración habría que reparar en dos vertientes de la competencia al respecto: la del control, que correspondería a las Autoridades del Gobierno y la Administración del Estado y la de protección o atención al emigrante, que debería ser de los poderes autonómicos (17).

No ignoramos *los pronunciamientos anulatorios* de la Sentencia, pero más allá de resaltar, como ya hemos hecho, el reducido número de preceptos a que han alcanzado, destacamos que, con la excepción de los relativos al carácter preferente del catalán y la definición de las bases, se refieren a supuestos en los que se ponían en cuestión las propias atribuciones funcionales de la Justicia Constitucional, o se referían a la objeción preferentemente formal del Estatuto para llevar a cabo modificaciones perfectamente posibles sobre una determinada institución a través de otra vía normativa.

El Tribunal considera que *el Consejo de Garantías Estatutarias* no es verdaderamente un órgano jurisdiccional, por lo que sus resoluciones no pueden pretender fuerza de cosa juzgada. Así entiende que es inconstitucional atribuir carácter vinculante a sus dictámenes (artículo 76.3 EAC), tanto si se habla de un texto normativo a su paso por el Parlamento, antes de aprobarlo; como si se trata de un texto que ya ha sido aprobado pero no promulgado. En el primer caso, sufre el derecho de participación; en el segundo, la posición exclusiva del Tribunal Constitucional al que le corresponde el rechazo de las normas con fuerza de ley reservado por el artículo 161 CE.

Finalmente, el Tribunal Constitucional lleva a cabo unas consideraciones sobre *la organización del poder judicial en Cataluña* cuyo entendimiento requiere que se tenga en cuenta una cierta posición de partida. Estamos ha-

(17) Cuestión que se suscita adecuadamente en A. RUIZ LEGAZPI, *La expulsión de menores extranjeros: límites constitucionales*, tesis doctoral de próxima publicación.

blando por decisión constitucional de un Poder, el judicial, que es único y en el que las atribuciones autonómicas se producen necesariamente en el nivel de la administración de la Administración de Justicia, esto es, respecto de aspectos administrativos de la organización de la justicia, o consisten en la ordenación de las demarcaciones territoriales; además determinadas afirmaciones en relación con esta materia en el Estatuto, por ejemplo, cuando se asevera que el Tribunal Supremo es el órgano de unificación de doctrina, tienen un significado de reconocimiento y no propiamente atributivo, de modo que en este supuesto concreto, no pueden implicar que no realice otros, y menos ignorar que tal función corresponde ser normada por la LOPJ.

El Tribunal Constitucional rechaza la caracterización del *Consejo de Justicia de Cataluña* como «órgano de gobierno» del Poder Judicial de Cataluña así como la consideración de éste como órgano desconcentrado del Consejo General, y ello porque en primer lugar, como se dijo, el Poder Judicial es único y, además, porque el Estatuto de Cataluña no es la norma apropiada para desconcentrar el Consejo. Desde luego son inconstitucionales las atribuciones estatutarias al Consejo de Justicia de Cataluña que denoten facultades de gobierno en este ámbito: así las referidas al nombramiento de jueces, su participación en la atribución de presidencia de órganos jurisdiccionales; pero no otras competencias como la previsión de su informe para establecer las demarcaciones judiciales, o el desarrollo de reglamentos del Consejo del Poder Judicial.

El Estatuto no puede conferir la presidencia del Consejo al Presidente del Tribunal Superior; por lo demás, según el Tribunal Constitucional, sus afirmaciones sobre la composición de este órgano son bastante inocuas. Tampoco puede el Estatuto referirse a las características de plazas o concursos de acceso a la carrera judicial. De otra parte, la garantía de opción lingüística de los concursos celebrados en Cataluña debe ser regulada por la legislación estatal. Otras previsiones sobre administración al servicio de la Justicia, la organización de la planta judicial, o propuestas sobre la demarcación judicial, se entiende que se establecen en ayuda a los órganos estatales competentes al respecto, y han de llevarse a cabo observando clara y escrupulosamente las atribuciones al respecto de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Así entendidas no suscitan al alto Tribunal objeciones de inconstitucionalidad.