

MONTSERRAT **NEBRERA**

LAS ZAPATILLAS ROJAS. (A PROPÓSITO DE LA REFORMA DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE CATALUÑA)

Pensar que una reforma estatutaria profunda puede ser abordada sin la previa reforma de la Constitución, preferentemente a través de la reforma del Senado y con el consiguiente pacto entre los principales partidos estatales, presupone falta de rigor técnico o una peligrosa apuesta por el fraude institucional.

EL VALOR SIMBÓLICO DE LOS CUENTOS

El discurso político se mantiene invariable, pero en algunos foros intelectuales comienza a manejarse la idea de la «gobernanza»¹ como única alternativa al descrédito de un modo de gobierno que, cerrado sobre sí mismo, tiene cada vez menos que ver con la búsqueda del bien común, o al menos con la más utilitarista idea (germen por tanto, del pensamiento democrático) del interés general.

Las aproximaciones a la forma óptima de gobernar la comunidad política cargan, qué duda cabe, con la preconcepción de lo que ésta sea, eso que en el lenguaje vulgar suele llamarse ideología, pero que las ciencias epistemológicas han vestido con el nombre de cosmovisión. Si partimos de esa premisa será muy difícil avanzar en la disertación sin convenir una cierta idea de comunidad política, y propongo entender por tal el sustrato humano organizado bajo una forma de Estado; ello evitará que nos enredemos en problemas de carácter sociológico como la inmigración, que nos impidan, entre

Montserrat Nebrrera González es profesora agregada de Derecho Constitucional y Directora del Centro de Estudios Sociales Avanzados, en la Universidad Internacional de Cataluña.

¹ Por todos, vid Arbós (2005).

Cuadernos de pensamiento político

otras cosas, decir que en la actualidad todo individuo se encuentra integrado de un modo u otro en un Estado. Obviamos, por ahora, el tema de la nación ².

España es, desde la perspectiva que he adoptado, un ejemplo de comunidad política, asentada, como todas, sobre el ejercicio de una fuerza que persiste en la construcción de su ordenamiento jurídico y en las potestades que éste arroga al poder público (y en ocasiones a ciertos instrumentos privados ³) Y digo «como todas», habida cuenta de que no es concebible la creación, o al menos el mantenimiento de una cohesión social sin el ejercicio de presión sobre los elementos anómicos o desviados del patrón establecido. Desde Alba Longa, la historia de la civilización romana, que es nuestro fundamental sustrato cultural y político (incluso religioso a partir del siglo IV d. C.), es la historia de una recurrente mezcla de dominación y asunción de los sellos identitarios de los territorios que se fueron añadiendo al Imperio. Y ese Imperio no puede dejar de ser hoy reconocible en la Europa de la Unión que se intenta construir contra la comprensible resistencia de las estructuras que agrupa y en la palmaria inexistencia del «demos» que la sustente (Haberle, 2004 y antes, Pace, 2002).

Y es que entre aquel Imperio Romano y esta Unión Europea se construyeron, de la mano del «tercer estado», en el marco de la Ilustración y con el definitivo alzamiento de la individualidad como eje de la construcción política, una serie de sujetos (el descubrimiento de Bodin) internacionales de Derecho, los Estados, que no en vano toman su nombre (con Maquiavelo) de la voluntad de permanencia de la máquina (que Hobbes describe) despersonalizada de poder en que se constituyen. Hoy son los que ejercen la soberanía de una forma generalizada. Sin ahondar en la pasión que la nación despierta, desde el pragmatismo superviviente del Estado, pretendo yo ahora recordar un cuento de Andersen, terrible como casi todos los suyos.

² Porque, si existe discusión sobre lo que la nación sea, cuándo nace una, de qué modo puede sobrevivir sin Estado, si puede una nación ser creada «ab stato», no cabe duda doctrinal en cuanto al hecho de que el Estado es todavía hoy identificable como la persona jurídica detentadora de soberanía (también jurídica, claro) «ad intra» y «ad extra» (De Otto, 1997, 27, sobre todo), pese al actual contexto que desdibuja de manera inexorable ciertos elementos que tradicionalmente la han definido: moneda, frontera, articulación de la defensa de ésta, culminación interna del control judicial del cumplimiento de las normas por públicos y privados...

³ Cada vez más, en un curioso modo de completar un círculo histórico: ejemplos son el creciente papel de la seguridad privada junto a la pública, el arbitraje de conflictos privados, la construcción de centros penitenciarios privados, o el concierto sanitario.

HISTORIA DE LA TRANSICIÓN

Los constitucionalistas hablan en general de su principal objeto de estudio como del resultado de un pacto. Imbuidos del sentido democrático que hoy alcanza a esa palabra, olvidan que sólo en ciertos contextos (el privado, y para los contratos) se puede decir que el pacto coloque en plano de igualdad a todos los sujetos intervinientes. Al hablar de la Constitución española como un pacto por el consenso entre todas las fuerzas políticas, imaginar que todas ellas actuaron en plano de igualdad resulta extremadamente ingenuo, entre otras cosas, porque...no todos eran iguales. Esta realidad, sea para loarla, sea para denostarla, ha sido asumida desde todas las tribunas de análisis.

Algo que sí resulta claro en el discurso jurídico actual es que la igualdad es una ficción que el propio Derecho aplica en ciertas ocasiones en las que entiende que la acción de discriminar, que en todo momento realizamos para sobrevivir (distinguir entre el rojo y el verde para cruzar la calle), no cabe en ocasiones, si lo que pretendemos es ser justos.

Cuando se escribía la Constitución española de 1978 (en adelante CE), la situación en la que se encontraban los distintos «padres» no era equivalente: el abismo que separaba a Pérez Llorca de Roca Junyent es obvio, más aún el que dejó fuera de la mesa a un representante de otras minorías que también habrían tenido cosas que decir en aquel momento. O en el actual. Pero ¿cuáles debían estar? ⁴ Aquéllos, como en la redacción de todas las Constituciones con voluntad democrática, pero con procedimientos que han de comenzar por algún lugar (por eso el periodo es constituyente, otra cosa sería una reforma), aquéllos fueron los convocados y en la fuerza de cada cual se plasmó el resultado que hoy es la Carta Magna. Como en cualquier otra sin excepción ⁵.

Redactada como lo fue, símbolo de un cambio alabado entonces (que es cuando cabía) desde más allá de la frontera y sometida a la ra-

⁴ Por ejemplo, no había una sola mujer. Tal vez se habría podido buscar; hoy habría sido un más que probable motivo de indignación en algún sector social... Sin duda hoy estaríamos pensando más allá de las mujeres, en los inmigrantes, en los ecologistas, en los otros.

⁵ En ese mismo sentido vid., entre otros Angiolini (1995, 17 y ss), quien plantea la misma situación para el caso de la Constitución italiana, entendiéndola como un modo de «aproximación y difusión pacífica de la verdad» el pluralismo que en ella se reconoce, y que no es otra cosa, en definitiva, que la manifestación normativa del «pluralismo di fatto», expresión que el autor utiliza para referirse al sustrato «preconstitucional».

Cuadernos de pensamiento político

zonable crítica de aquellos que de puertas adentro no vieron colmadas todas sus expectativas (digamos que nadie quedó, afortunadamente, del todo satisfecho), sólo son posibles hoy con ella dos actitudes: una es la adopción incondicional de aquel proceso constituyente, que no niega este poder de reforma; la otra es la negación de su valor entonces y/o ahora, por lo que sólo cabe en esa instancia plantear de nuevo la revolución. Porque la revolución no requiere siempre sangre, pero en todo caso sí el quebrantamiento del orden vigente (De Otto, 1997, 54). No es, quede claro, una invitación a que la revolución se haga, porque no está dicho más que en la posmodernidad de Occidente que lo nuevo equivalga a lo bueno de manera automática. Pero es que además no es cierta la dicotomía que acabo de plantear: cabe ante la Constitución una tercera actitud, desde mi punto de vista la más peligrosa, que es la afirmación formal de la norma y su vaciamiento material⁶. Yo creo que aunque el poder político da esa enorme posibilidad a quien gobierna, el que decide transitar ese camino se está calzando unas peligrosísimas zapatillas. Lo de rojas tiene que ser anecdótico.

LA NOVEDAD MAL LLEVADA DEL ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS

España como comunidad política es anterior a 1978 y también a 1931. Retrotraer la historia al momento de mayor conveniencia a nuestro personal alegato es lo que ha caracterizado durante un siglo (no más) el enfrentamiento, más o menos enconado según el momento, entre el nacionalismo español y algunas formas de nacionalismo periférico. Que en el momento presente una importante cuota del discurso correcto equipare ambos no niega que la fuerza de unos fue mayor que la de otros y que, como ocurre con las lenguas, nacen y muer-

⁶ Ejemplo de ello pueden ser dos procesos recientes muy distintos: la afirmación por parte del Tribunal Constitucional (en adelante TC) de que el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa no requiere para su firma por parte del Estado español, de la previa reforma de algunos artículos de la CE de 1978; o la renuncia por parte de la Fiscalía del Estado a instar la ilegalización del Partido Comunista de las Tierras Vascas. Una y otra son de calado distinto, pero ambas reflejan un problema al que la doctrina constitucionalista se ha referido a menudo sin tener una solución jurídica para el tema, como es obvio: ¿qué ocurre cuando los órganos superiores del Estado no cumplen con los cometidos que constitucionalmente tienen encomendados? Alguien podría decir que en la interpretación de la norma jurídica está la gloria de la democracia, pero cualquiera que lo diga recordará que esa gloria ha sido a veces miseria, y que en todo caso existen «interpretaciones» cuya trascendencia aboca a un cambio radical en el sistema, casi un cambio en el modelo de Estado.

Cuadernos de pensamiento político

ren las comunidades y hoy Cataluña es un pedazo del territorio de un Estado, con una lengua en retroceso de uso frente al inglés y el castellano (lo mismo le pasa al francés, pese a tener Estado que la ampare) y las mayores cuotas de autogobierno que ha tenido en siglos. Podríamos decir, por tanto, que la culpa de que Cataluña no sea un territorio con un Estado exclusivo y excluyente de las personas que la pueblan no trae su causa de la CE de 1978.

El año de 1978 se me antoja el de la reconciliación de las dos Españas que tanto preocupaban a Machado o a Otero. Ningún sentimiento individual podía quedar suficientemente colmado, porque cualquiera de ellos, elevado a la categoría de principio, era capaz de volver a desencadenar una guerra. Como siempre ocurre en el Derecho, los que más tienen (poder, dinero, influencias...) salen mejor parados. Ellos dirán que porque se lo merecen, y los de enfrente, que no podían tener esperanza de que algo cambiase, pero indicios de que aquella Constitución estaba hecha para el consenso eran su extrema ambigüedad y el hecho de que no satisficiera enteramente a nadie.

Una parte importante de esa satisfacción sólo a medias tenía su origen en la solución adoptada para la estructura territorial del Estado: desde el centralismo del periodo franquista pensar algo más allá de la autonomía se antojaba difícil, y en todo caso, salvo en muy contadas ocasiones desde la unificación política del siglo XVI, menos aún desde la administrativa producida en el XVIII, se había pensado en ese más allá⁷. Porque si parte ambigua hay en la CE (más allá de la educación, o la libertad religiosa, o el concepto de economía que defiende, que ya lo son, sin duda) ésa es la que se recoge en su Título VIII.

Abierto ese Título VIII a la consolidación de España como Estado de las Autonomías, más de uno se ha preguntado si la indistinción práctica que la CE hace de «nacionalidades y regiones» a las que se refiere en su artículo 2 no era una manera de limitar las pretensiones de ciertos territorios del Estado de distinguirse en cuanto a las cuotas de autogobierno que pudiesen alcanzar, de modo que aunque no se

⁷ Tan es así que la propia II República hundió la pretensión de un Estado catalán, sofocando hasta la prisión la acción protagonizada por Lluís Companys en 1934. Bien es verdad que se alegaba entonces, como también en los hechos de Asturias, la falta de legitimidad democrática del Gobierno de la CEDA, pero es obvio que el tinte ideológico de unas elecciones fue valorado de forma harto condicionada por el giro de los acontecimientos mundiales y algunos de sus protagonistas.

Cuadernos de pensamiento político

pretendiera de forma decidida que todo el Estado se dividiese en Comunidades Autónomas (en adelante CCAA), sí que se potenciaba tal posibilidad, que, en último extremo, se convirtió en la realidad de hoy.

Sea la indistinción fruto de una intención aviesa u obedeciese al hecho de que la Transición y un pasado secular no podían vehicular una solución más «asimétrica»⁸, lo cierto es que el principio dispositivo que anima la construcción de las autonomías agota en sí mismo la libertad de los territorios del Estado, pues ni pueden ser cosa distinta de lo que la CE prevé (CCAA) ni pueden volver a ejercer dicha libertad una vez transformados en lo que son⁹. Al menos, como he dicho antes, si hemos de movernos en el marco de la legalidad vigente¹⁰.

Y es que, a mi juicio, la fórmula del Estado de las autonomías se cerró en el momento en que los territorios que así lo decidieron se transformaron en CA. Al menos, pues ésa es en el fondo la tesis que defiendo, si no se produce una reforma constitucional que avale cualquier otro sistema, dejando a salvo en todo caso una evidencia: que el Tribunal Constitucional tiene una potencialmente letal capacidad de arrasar cualquier reparto de poder, si no cumple el papel que tiene encomendado¹¹.

⁸ Para González Encinar (1984) ya lo era; más aún, en una perspectiva comparada con las posibilidades de ejercicio del autogobierno por los «länder» alemanes, el autor consideraba España a principios de los años ochenta un «Estado federal asimétrico», expresión que da título a la obra que menciono.

⁹ Lo que no niega ciertas posibilidades de cambio de algunos conceptos estatutarios, siempre dentro del marco de la reforma: así, por ejemplo, Asturias pasa a denominarse «comunidad histórica» tras la reforma de su Estatuto en 1999.

¹⁰ Para Viver (2004b) y Carrillo (2005), cabría la posibilidad de que la vigencia de esos artículos del texto constitucional se mantuviese hasta hoy, propiciando una nueva interpretación de lo que el ejercicio del principio dispositivo (art. 2) haya de ser, o una nueva interpretación de las reglas del juego (Título VIII) entre aparato central del Estado y comunidad autónoma. Sin embargo, el propio Carrillo (2005) ha afirmado, junto a otros como Aja (2004) o Albertí, que los artículos de la CE que fraguaron el autogobierno podrían eliminarse en una eventual reforma, habida cuenta de que ya han sido consumidos en su uso.

¹¹ Resulta de especial interés el opúsculo de Kelsen (1931) referido al tema. Por otra parte, tampoco debe escaparse al lector el riesgo que supone para el sistema en general el hecho de que el más alto Tribunal no cumpla con las expectativas que en él tiene puestas la norma suprema y la normativa que creó el órgano. Un ejemplo es la Declaración del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 2004 (en adelante DTC 1/2004), donde se acepta que a través de una ley orgánica y sin proceder a la reforma previa de la Constitución se establezca la primacía de la Constitución europea (que, por otra parte, no es hoy una Constitución, vid Pace, 2002) sobre la propia Constitución española, a su vez y hasta hoy autoafirmada como norma suprema. La, a estos efectos, errónea distinción entre supremacía y prevalencia permitió a la mayoría del Tribunal entender que lo que el texto establece no es la primera, sino la segunda, como si fuese posible que tal determinación del ámbito en que cada una de ambas normas, según la tesis de la prevalencia jerárquicamente iguales, pudiese venir determinada en una de ellas, dando con ello camino a la hoy extendida, pero errónea a mi juicio, tesis de la «soberanía dual» (vid. Ballbé & Alter, 2003).

EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA ES UNA NORMA JURÍDICA PECULIAR

Aunque revista la forma de una ley orgánica para incardinarse en el ordenamiento jurídico español, lo cierto es que la «norma institucional básica de la comunidad autónoma» no es sólo eso, más aún, no es una ley orgánica cualquiera, sino más bien lo que en general se ha llamado una norma «paccionada»,¹² sobre todo para el caso, como es el que nos ocupa, de los Estatutos producidos en las CCAA llamadas de la «vía rápida». Para esos Estatutos tal condición se aprecia ya en el modo en que se aprueba o se reforma, pero además todos ellos demuestran su doble naturaleza (que queda claramente descrita en el apartado 1 del art. 147 CE) también por su propio contenido; un contenido del que parte tiene carácter necesario desde la perspectiva del mandato constitucional,¹³ pero en el que, aunque la Constitución no lo diga más que de forma indirecta, también debe incluirse su carácter regulador de la producción de normas por los órganos superiores de la propia CA, adquiriendo en tal sentido su naturaleza de norma competencial, integradora con algunas otras del «*bloc de la constitutionalité*»¹⁴.

De los contenidos constitucionalmente necesarios (ex art. 147,2 CE), muchos resultan capitales para el análisis de la propuesta de reforma estatutaria que se encuentra en curso en Cataluña, pero a la denominación más apropiada, delimitación del territorio, ámbito competencial o instituciones me referiré más adelante de forma individualizada. Ahora me interesa recordar que también reviste tal carácter necesario y con un determinado procedimiento la reforma estatutaria, porque de ahí se deducen dos datos:

¹² En el sentido de resaltar la condición de pacto se ha pronunciado la mayor parte de la doctrina desde la Transición. Apunta mayormente a su condición última de ley orgánica una de las últimas manifestaciones que sobre el tema ha realizado Muñoz Machado (2005, 731).

¹³ Debe también citarse a Muñoz Machado (2005) desde otra perspectiva, y es su agudo recordatorio del hecho de que buena parte de los contenidos que van más allá de los constitucionalmente necesarios se hayan debido a que Estatutos como el catalán se gestaran y promulgaran antes de la legislación orgánica que debía «enmarcar» institucional y competencialmente el contenido de aquéllos, de modo que la inicial previsión de que el reparto de las competencias debiese hacerse por estas normas (y en definitiva en sede estatal central) acabó haciéndose en el ámbito periférico, aunque sólo sea en parte.

¹⁴ Corroboración de esta concepción del ordenamiento jurídico, que tiene su origen en la doctrina constitucionalista francesa, es el art. 28 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. La norma competencial realiza de ese modo, dentro del ámbito territorial autonómico, la función «casi constitucional» de ser «norma sobre la creación de normas por los órganos superiores del Estado», la constitución material tal y como la define De Otto (1997, 17). No lo es justamente por el hecho de hallarse sometida a la Constitución y haberse creado (el Estatuto), en consecuencia, de acuerdo con lo previsto en ésta.

Cuadernos de pensamiento político

- a) La imposibilidad, ya mencionada, de que en el marco jurídico vigente pueda generarse algo distinto de la reforma estatutaria.
- b) La legitimidad y, en su caso, los límites de abordar la reforma de los artículos que en la norma estatutaria regulan su reforma.

En el origen de estos dos problemas hay cuestiones de filosofía jurídica y aún más, de cosmovisión: la primera y fundamental, propia del Occidente que afronta el siglo XXI, que todo lo nuevo es bueno. Aunque para algunas cosas reconocemos la impronta cultural con la que trabajamos, la mayor parte de las veces olvidamos los más de 200 años de la Constitución americana (que nadie recuerda por el año en que se produjo la última reforma) o el carácter secular de la Constitución inglesa, no por no escrita menos Constitución. La Constitución italiana de 1948, objeto de recurrentes reformas, nunca ha dejado de ser reconocida por ese nombre, y esta idea debe aplicarse a la CE de 1978 o al Estatuto de Autonomía de 1979, si finalmente es objeto de las reformas que se debaten en la actualidad. Como si resultara vergonzosa una reforma, se ha acuñado en el lenguaje político tanto catalán como español el término «nuevo Estatuto», cuando en el ámbito estrictamente jurídico resulta palmaria la incorrección de ese modo de referirse al hecho. La predisposición negativa frente a la reforma parece, sin embargo, haber ganado la batalla al rigor técnico.

La reforma de las normas de reforma, pese al principio de no autorreferencialidad que Hart enunció para luego abandonar, esconde otra preconcepción: cuestionar la legitimidad de la participación del Estado en cualquier cambio referido al autogobierno, de modo que lo que se intenta con dicha reforma es sustraer el papel culminativo que el Estado tiene ahora en la modificación del Estatuto¹⁵ Y es cierto que la reforma estatutaria, como la de la Constitución española, no tiene límites explícitos (cláusulas de intangibilidad), pero podríamos preguntarnos si no existen los mismos límites «ontológicos» que han permitido afirmar la ilegitimidad de ciertas reformas constitucionales¹⁶.

¹⁵ Me refiero, por ejemplo, a la sustitución del vigente término «aprobación», por la palabra «ratificación» para el papel de las Cortes en la incardinación del Estatuto en el Ordenamiento estatal, sustitución que no se me antoja banal. O a la comprometida propuesta de la iniciativa popular para la reforma que se propone.

¹⁶ Por ejemplo, si cabe la reforma del art. 168 de la CE (que contempla el procedimiento agravado de reforma) mediante el procedimiento simplificado (relativamente) del art. 167. Para lo que los formalistas con-

Cuadernos de pensamiento político

La historia del Estado de las autonomías es ciertamente la historia de un modelo de Estado compuesto que al tiempo había de contentar las voluntades de autogobierno históricamente consolidadas, las que, por la fuerza de los tiempos, no pudieron ser corroboradas en su momento, y la voluntad de unos terceros de anegar cualquier «veleidad descentralizadora». El fruto de tan opuestas fuerzas ha sido la homogeneidad relativa, y el «café para todos» que temía Jordi Pujol se ha transformado en una realidad formal¹⁷ tangible de la que hay que partir, de modo que con dificultad es aceptable el discurso que contempla una reinstalación en 1978 y la posibilidad de volver a construir la composición del Estado más allá del centralismo franquista.

Esa pretendida posibilidad de reubicación en 1978 es a mi juicio el origen de la confusión en la que hoy discute la mayor parte de la doctrina constitucionalista «periférica», confusión propiciada sin duda por la motivación (el interés, la pasión, la emoción, llámesele como se quiera), pero no por ello menos alejada de la realidad política que ha consolidado España como Estado de las Autonomías. Cuando Viver (2004b)¹⁸ plantea la posibilidad de volver a ejercer el derecho a la autonomía que por el principio dispositivo consagrado en el art. 2 CE le corresponde a Cataluña, obviando la jurisprudencia constitucional que le ha dado cuerpo durante los últimos veinticinco años, olvida que, como dicen algunos de sus compañeros de departamento¹⁹, ese derecho ya fue ejercitado y no cabe que el sistema se abra cuantas ve-

sideran una posibilidad del sistema, los sustancialistas tienen la respuesta de que nos encontraríamos ante un fraude constitucional, pues frustraría la voluntad constituyente de blindar ciertos contenidos. Valga por todos, también paradigma en este caso, De Otto, 1997, 65 y ss.

¹⁷ Digo «formal», porque creo en la asimetría potencialmente oculta en las voluntades de autogobierno tan distintas que se manifiestan en cada comunidad autónoma y que pueden crecer en torno a sus hechos diferenciales (vid. AJA, 2004, 24 y ss., para quien partiendo de la evidencia de ser España en la actualidad uno de los Estados más descentralizados de Europa, entiende que la diferencia esencial entre nuestro modelo y el federal es justamente esa asimetría, y con el fundamento apuntado. Otros destacan sobre todo que al control jurídico de las normas supremas de cada elemento federado se complete con un control político y, por tanto, discrecional).

¹⁸ Se trata de una conferencia impartida en Madrid en octubre del año pasado a la Abogacía del Estado, en la que defendió las ventajas de un modelo de Estado durante años criticado frente otras formas de Estado compuesto implementadas en Europa, dado que afirmaba que el Estado de las autonomías puede reconfigurar hoy conceptos como «legislación básica», obviando si es preciso, la jurisprudencia constitucional de los últimos veinticinco años.

¹⁹ Carrillo (2005), poco antes de incorporarse al Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya, recordaba que «el Título VIII de la Constitución es un título esencialmente desconstitucionalizado» (ésta es también la palabra utilizada por Aja (2004, 22), pero en otro sentido), refiriéndose al hecho de que sus posibilidades ya han sido consumidas.

Cuadernos de pensamiento político

ces quieran sus actores ²⁰. En consecuencia, el sistema autonómico tuvo su momento «estatuyente» (Castellá, 2004, 70 y ss.) y ahora sólo (¿sólo?) podemos movernos en el espacio de su reforma, se considere ésta consecuencia o causa de la rigidez de las Constituciones escritas (Pace & Varela, 1995).

REFORMA ESTATUTARIA, REFORMA CONSTITUCIONAL

Es constatable el desencanto que ha producido en Cataluña la hipertrofia de la legislación básica estatal, unida a una lectura centralista que en múltiples momentos ha tenido de ella la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y hay que decir que no ha ayudado en nada, sino muy al contrario, que dos de esas competencias de legislación básica hayan sido tan indeterminadas y transversales como la garantía de la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de derechos y deberes (149,1,1^a CE) y la coordinación general de la economía (149,1,13^a CE). Porque, ¿qué puede evitar ser considerado básico desde ese prisma? Ninguna de las competencias exclusivas de la Generalidad de Cataluña en el actual Estatuto escapa desde alguna perspectiva a tal guadaña ²¹.

El Gobierno central ha hecho una consulta al Consejo de Estado sobre las reformas constitucionales que pretende realizar, la mayor parte de las cuales, de efectuarse, requerirían el procedimiento agravado para su realización ²². A mi juicio, sin una referencia al modo en que pueda determinarse el contenido de la legislación básica, el problema del autogobierno podrá tener otros nombres, pero subsistirá en el sentido de que la cuestión jurídica seguirá sometida a los vaivenes

²⁰ A su juicio, sí, repitiendo en Viver, 2005, lo ya dicho en la conferencia antes citada, la flexibilidad que niega al Estado federal. Creo que la distinción no necesita mayor comentario, salvo el de que no sé si se ha calibrado el peligro institucional de su alcance. Pero tal vez se me responda que «peligro» no es una categoría jurídica.

²¹ Viver (2004a, 203) propone su supresión en la CE. En sentido distinto, vid. Nebrera (1991, 92 y ss.) y, sobre todo, Carreras (2004).

²² No es éste el contexto en el que argumentar que la consulta sobre la sucesión regia y la supuesta violación del principio de igualdad es jurídicamente absurda (es un tema sobre el que la doctrina en Italia, país republicano donde los haya, debatió y resolvió en ese sentido hace más de diez años), o que la pregunta sobre el modo de incorporar la Constitución europea a la española abre un conflicto dogmático de hondísimo calado. En lo que al tema autonómico se refiere, las preguntas apelan a la posibilidad de que el Consejo proponga una nueva redacción para el título constitucional referido al poder legislativo, en concreto al Senado, y, por alcance, dónde deberían individualizarse y en algunos casos nombrarse de otro modo las actuales CCAA.

de la necesidad política. El cada vez más enconado enfrentamiento de los dos partidos estatales mayoritarios condiciona la capacidad de ambos para consensuar los cambios que el modelo de Estado necesita, en evitación más que conveniente de que se produzcan por canales espurios y atribuyendo a partidos de menor calado en las Cortes una responsabilidad que técnicamente no puede corresponderles.

En ese sentido propiciador de la reforma constitucional es evidente que su cuerpo central debería ser la reforma del Senado en tanto que cámara de representación territorial, lo que significa conjugar sus tres elementos sustanciales: el modo de elección de los senadores, las funciones que asumirían en la creación de legislación con alcance autonómico (sobre todo, la legislación básica, es obvio) y los protocolos y los *quora* para la adopción de las decisiones. Si a ello añadiésemos una regulación complementariamente sistemática de aquellos instrumentos con capacidad para vehicular voluntades autonómicas (sobre todo, la ejecutiva), sería legítimo cualquier cambio amparado en el poder de reforma constitucional (De Vega, 1984). Ésta y no otra es la asignatura pendiente en los partidos estatales para cerrar, desde la Constitución, el modelo territorial del Estado español. No es, por tanto, un cierre posible desde la reforma estatutaria, si el procedimiento establecido (que es la garantía primordial) se cumple.

Como el acuerdo para la eventual modificación del modelo de Estado no se ha producido, en Cataluña se ha iniciado un proceso de reforma estatutaria sin contar con la reforma constitucional. Necesario resulta, por tanto, un análisis pormenorizado de los que puedan ser escollos jurídicamente insalvables, si las voluntades en Cataluña mayoritariamente convinieran un texto que pudiese chocar con la CE, con la que al menos ha sido hasta ahora su interpretación por parte del TC, o con lo que podríamos llamar «la conveniencia práctica contra la confusión». Algunos son insalvables, otros dudosos y poco convenientes.

SOBRE LA CONDICIÓN INSALVABLE DE CIERTAS CONTRADICCIONES

Lo que haya de considerarse como constitucionalmente no admisible es, puede decirse, una valoración subjetiva, habida cuenta del reconocimiento que antes se ha hecho del carácter abierto de la norma cons-

Cuadernos de pensamiento político

titucional española (Rubio, 1993). Pero es fácil convenir que cuestiones como la pena de muerte en tiempo de paz, o incluso el concepto que de «delito flagrante» pueda tenerse en nuestro sistema penal resultan tan claramente objetivables, que lo que más bien cabría afirmar es que ciertos conceptos constitucionales están abiertos a distintas interpretaciones.

Entre tales conceptos abiertos a una hermenéutica que incluso facilite la adaptación de la norma constitucional a los nuevos tiempos sin necesidad de reformarla se encuentran los referidos a la estructura territorial del Estado. Si eliminamos la hipótesis antes apuntada de la reforma del Senado, una solución conveniente estaría en reformular el alcance que deba darse al concepto material de legislación básica, que en su momento fue adoptado por el Tribunal Constitucional ²³. En ese mismo sentido debe entenderse la postura tradicionalmente adoptada por la coalición que lideraba Jordi Pujol en Cataluña, para la cual la verdadera revolución en el tratamiento del tema autonómico no pasaba por una reforma constitucional y estatutaria, sino por una «relectura descentralizadora» del material normativo existente ²⁴.

²³ Es el concepto de «bases» uno de los que ha hecho correr más ríos de tinta entre los constitucionalistas, y ello porque la norma básica establece el marco de una política global, en tanto que la autonómica debe fijar las políticas concretas dentro de aquel marco. Tal situación implica el concurso de las voluntades dimanantes de dos centros territoriales de poder (el central y el autonómico), tal y como ha señalado el TC en STC de 23 de diciembre de 1982, aunque más importante resulta su afirmación (en STC de 26 de julio de 1984, entre otras) de que esa formación básica es de directa aplicación, en el sentido de que no precisa del desarrollo autonómico para tener valor normativo completo. Afirmaciones como ésta, o la de que el concepto de «legislación básica» no se agota en las leyes, sino que puede incluir también los reglamentos que lo desarrollen o los actos administrativos que se dicten en su aplicación (STC de 30 de mayo de 1996) son las que en su aplicación práctica han permitido un vaciamiento de la competencia autonómica compartida, generando en el proceso de reforma en curso en Cataluña la tesis (defendida sobre todo por Viver y patente en los materiales que han salido del Institut d'Estudis Autònoms, en adelante, IEA) de que puede prescindirse para abordar una reforma que revista cierta entidad, de lo que el TC haya podido decir hasta la fecha, y que, gracias al carácter «abierto» del sistema, podemos ahora reformularlo como si en 1978, en el inicio de la construcción del sistema, nos encontrásemos. Pueden entenderse (incluso comprenderse) los motivos, pero no compartimos la idoneidad técnica de la propuesta, no sólo porque resulta inviable volver allá, sino porque habida cuenta de la estructuración constitucional del Título VIII, es difícil pensar de otro modo que no sea asentado sobre el concepto de «interés general» y, por tanto, sobre la legitimidad estatal en la decisión política de lo que en cada momento haya de ser tenido por tal. En el mismo sentido Carrillo (2005), quien critica que se considere al Estado el detentador de la facultad de decidir qué es lo básico, pero la realidad es que durante lustros se ha considerado que tal determinación «ex constitutione» es del TC... enjuiciando éste pronunciamientos que, sobre la materia (¿qué es básico?) corresponden al Estado, no como dice por razones iusnaturalistas, sino por una obvia posición generalista por encima de las decisiones que deban tomarse sectorialmente en cada comunidad autónoma. No es de otro modo en ningún otro Estado compuesto, salvo cuando no existe autoridad central en la materia (ejemplo lo es la cultura en Alemania).

²⁴ Hay que reconocer, sin embargo, un interés particular en dicha postura: la reforma constitucional podría igualar en la norma suprema las posiciones de todos los territorios del Estado, cuando la pretensión de la coalición catalanista ha sido siempre la «asimetría». Esa razón, apoyada en el conocimiento de que no

Cuadernos de pensamiento político

El problema se plantea, a mi juicio, cuando del debate abierto sobre tales cuestiones se quiere hacer depender también la idea de España, porque en tal caso obviar la reforma puede acabar significando una mutación fraudulenta de los preceptos que se mantienen formalmente intactos²⁵. El ejemplo es obvio: si a través de las mayorías parlamentarias que se necesitan para la aprobación de la ley orgánica que desde la perspectiva del total ordenamiento estatal es el Estatuto, se genera una situación de conflicto con la Constitución que, interrogado al respecto, el Tribunal Constitucional entiende que no se ha producido, el resultado es que aquellos preceptos constitucionales vulnerados tendrían a partir de entonces un referente que se alejaría del inicialmente previsto. Y no se habría producido el ritual de la reforma, un ritual que en tal condición indicia su importancia²⁶. Está clara, en cualquier caso, la responsabilidad que el TC tiene en este tipo de situación, la asuma o no²⁷.

hay verdadera reforma estatutaria sin previa reforma constitucional (aunque no se diga casi en ningún foro) y la necesidad de evitar conceder un triunfo político a quien le «arrebató» el gobierno, son razones más que suficientes para la actitud renuente de la coalición en la presente reforma. Aunque se vista de un radicalismo hasta ahora inusitado.

²⁵ Porque la mutación no necesariamente es un cambio fraudulento de los contenidos en el mantenimiento de la forma constitucional. Ejemplo de mutaciones «legítimas» es el ejercicio recurrente de la posibilidad de que los decretos ley convalidados por el Congreso sean luego tramitados como ley por el procedimiento de urgencia, pero nadie niega ni la posibilidad de volver a lo que en la norma constitucional era una alternativa, ni la inocuidad de la mutación. Cuando esas dos circunstancias no se dan en la mutación y además se produce obviando el que sería un procedimiento de reforma agravado (art. 168 CE), la mutación deviene un tanto sospechosa. En contra de esta tesis se ha manifestado explícitamente el IEA en un informe librado el día 1 de junio del presente año a la ponencia del Parlament encargada de la elaboración de la propuesta de reforma, afirmándose en él el carácter tautológico de esta afirmación, ya que se basaría en el hecho de que hay un contenido concreto que puede mutar, por lo que, al no existir tal, el problema no existe. Es obvio, en cambio que no hay tautología en la crítica, sino reducción al absurdo en esa postura del IEA: si parte del axioma, nunca hasta la fecha afirmado (ni siquiera en el *Informe sobre la reforma de l'Estatut* que el propio IEA elaboró en 2003) de que los significados de cada referente constitucional del Título VIII se pueden reconsiderar siempre, incluso aunque afecten al propio modelo de Estado, por supuesto sería una banalidad estar discutiendo incluso su aprobación mediante ley orgánica por las Cortes. Cada comunidad autónoma se bastaría a sí misma para determinar el que más le conviniese. El IEA contesta también a eso: para la confusión que eventualmente produjeran 17 conceptos de lo básico siempre tendrá el Estado sus leyes de armonización...

²⁶ No por antiguo deja de ser capital a este respecto el referente de Bryce (1884) sobre lo que la reforma significa a la vez de limitación y potencia para las generaciones futuras destinatarias de la norma constitucional. Curiosamente esto ha sido mejor entendido en el sistema americano, incluso en los referentes neo-contractualistas, como Rawls o Macynntire.

²⁷ Recuerdo de nuevo la DTC 1/2004 de 13 de diciembre, porque es un magnífico ejemplo de lo que considero un error jurídico. Con una mayoría ganada con el voto de calidad de la Presidencia, el TC argumenta la posibilidad de que el texto del Tratado normativice la primacía de la Constitución europea sobre la de cada uno de los Estados de la Unión. Conviviendo con la práctica de la primacía del Derecho comunitario sobre el interno, ha existido hasta la DTC 1/2004 una sólida doctrina constitucionalista referida a la imposibilidad de que el art. 93 CE pueda habilitar una vergonzante reforma constitucional sin recurrir al procedimiento en ella previsto (De Otto, 1997, 27-28) El propio TC lo había puesto de manifiesto en la DTC

Cuadernos de pensamiento político

Por tanto, que la valoración de lo constitucionalmente admisible sea en esencia subjetivismo sólo cabe afirmarlo si partimos del axioma de que el modelo territorial del Estado de las autonomías es abierto. Y abierto en el sentido no sólo de que quepan lecturas más o menos autonomistas de sus contenidos ²⁸, sino, sobre todo, porque de manera distinta al funcionamiento de los Estados federales, éste tendría la virtualidad de mantener siempre la potencia del cambio como si en el inicio del proceso pudiésemos situarnos cada vez ²⁹.

Mucho más complicada jurídica y políticamente la segunda que la primera, en todo caso en la reinterpretación constante del Estado de las autonomías (del límite de la legislación básica, de lo transferible o delegable, del grado de colaboración entre lo central y lo periférico dentro y fuera de España) se encuentra la esencia misma de la democracia, en la que el papel de las minorías (consideradas desde el punto de vista estatal, obviamente) puede modelar la concepción social que circunstancialmente se adopte (cuando funcionan como partidos «bisagra»), pero no tienen legitimidad para cambiar el modelo de Estado en sí (Rubio, 1993,154, aunque ahora quizá su posición no es ésa). De ahí la necesidad de que los partidos que ostentan la mayoría de votos en el conjunto del Estado asuman el cometido que la democracia representativa les arroga por la fuerza misma de los números.

Así pues, el «peligro jurídico» (y para quien así lo sienta, también político) de la concepción del Estado de las autonomías como reinicialiable siempre es que tales minorías estatales son consideradas mayorías desde una perspectiva que les permite jugar, sin tener tal condición, como partidos mayoritarios. O en el papel de los que lo son. La responsabilidad de que esos partidos asuman como propia la función

de 1 julio de 1992, con motivo de la ratificación del Tratado de Maastricht. Pero si los órganos superiores del Estado no cumplen con los mandatos constitucionales, o realizan interpretaciones de los mismos que sólo se amparan en una legitimidad cosechada durante años de labor consecuente, ¿ante qué instancia cabe denunciarlo? Más aún, ¿es posible trasladar a la ciudadanía, más allá del abstruso lenguaje jurídico, en qué consiste el fraude? Los comentarios que han seguido al referéndum francés del 29 de mayo pasado, dan idea de la facilidad con la que se habla (y se vota) respecto de un texto que un altísimo porcentaje de los ciudadanos no ha leído ni siquiera en parte. Quiero pensar en todo caso que el «no» de Francia y Holanda signifique no sólo la consecuente resistencia del Estado a diluirse (amén de las demás lecturas en clave interna de la decisión a adoptar) sino también un mejor conocimiento del fraude que en el texto se fraguaba.

²⁸ Para Jordi Pujol el peligro de una reforma estatutaria era la fácil previsión del «efecto mimesis» que tal actuación reformista generaría en el resto de las CCAA. Si hubiese hecho una apuesta al respecto, nadie negaría a estas alturas que la habría ganado. De ahí su postura favorable a la relectura en ese sentido cercano.

²⁹ Ésta es, aunque pueda resultar sorprendente, la tesis defendida por Viver (2005).

que a otros incumbe es de quienes puedan poner al servicio de un baile desahogado y sin fin toda la estructura institucional que han recibido, no de la parte, sino del conjunto. Aunque es cierto también que quienes discuten el papel que en la función ostentan, asientan las disensiones sobre el hecho de que esta idea del todo o la parte, y en última instancia, la idea de participación ciudadana, la entienden referida a realidades distintas ³⁰.

En todo caso, desde esta última idea del Estado de las autonomías resultarían reconsiderables conceptos cuya consolidación se ha producido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional e incluso en la propia doctrina constitucionalista ³¹, por lo que un cierto punto de pragmatismo, la defensa de la seguridad jurídica y, en definitiva, la opinión de que un fin (que puede resultar loable para algunos) no se justifica en medios que cualquier jurista riguroso rechazaría, me inducen a exponer los que creo que son los escollos técnicos de la que va perfilándose como propuesta de Estatuto en Cataluña.

- a.) Bases, legislación básica, o de la parte al todo, donde la pregunta es si cabe cerrar desde una parte y para la parte o para el todo, el perímetro de lo que el Estado pueda regular en tanto que básico ³².

³⁰ Por otra parte, esta visión del Estado de las autonomías como dotado de una capacidad de reinicio inagotable de la que no participarían los Estados federales (quizá por simétricos, en la terminología que importa en su día González Encinar, 1984) choca con la idea tantas veces apuntada del Título VIII como lo peor, quizá por nuevo, de la norma constitucional de 1978, constreñido aquel poder constituyente por ruidos de sables y otras presiones que habrían condicionado la Constitución en una «preconstitución» impuesta (Capella, 1985) Como si en algún caso no fuese el condicionamiento operante en torno a la creación de una constitución su necesaria «preconstitución» (Schmitt), la que luego nos permite pensar la fuerza fáctica y prejurídica que la crea como poder constituyente (Pace, 1997)

³¹ Hasta el punto de que la postura de buena parte de esa doctrina incluso en la periferia concebía la reforma estatutaria como un proceso de escaso alcance en el actual marco constitucional, en última instancia, reconociendo la que aquí es mi tesis de fondo, por otra parte, nada revolucionaria, y es que sin la previa reforma constitucional, poca enjundia podrá tener la reforma del Estatuto. Eso parece que, cuando cierro este estudio, se apunta para la propuesta de reforma del Estatuto valenciano, avalada por los dos principales partidos estatales.

³² La legislación básica ha sido sin duda la principal preocupación del IEA, que está integrado en la Generalidad de Cataluña, en su cometido de generar los documentos de trabajo sometidos a discusión en la ponencia parlamentaria catalana, creada hace ya más de un año. Y aunque puedo compartir con su Director, Carles Viver, el desasosiego por la escasa lealtad institucional que ha provocado la lectura estatal del Título VIII de la CE, no comparto la viabilidad de concebir la legislación básica como meras directrices principales que sólo puedan considerarse efectivas en el desarrollo normativo que Cataluña haya de darles, no sólo porque esta concepción de las bases se contradice con un cuarto de siglo de jurisprudencia constitucional en el sentido de que las bases deben ser en sí normas jurídicas plenamente eficaces, sino también por inconvenientes técnicos más inmediatos, como sobre todo el hecho de que de ese modo se está determinando el contenido de las bases de cada materia desde la propia Comunidad, lo que se contradice con su naturaleza. No existe referente alguno a ese respecto en el Derecho comparado (justificado en esa «apertura» ya analizada, que el Estado de las Autonomías tendría por encima de los Estados fede-

Cuadernos de pensamiento político

Y es que pretende alguna doctrina constitucionalista en Cataluña que la legislación básica es no sólo una serie de principios sin eficacia normativa en tanto no sean desarrollados por la legislación autonómica, sino que además éstos carecen de contenido propio o determinable en razón de conceptos como el «interés general» que hasta la fecha lo habían definido. Por el contrario, se diría ahora que dado que «no existe reserva a favor de ley estatal para concretar los criterios de carácter funcional y material establecidos en la Constitución para delimitar las competencias», y «dado que no existe una reserva de Constitución» por la que «la delimitación de competencias deba quedar abierta», «no hay razón por la que el Estatuto no pueda realizar esa función de concreción material y funcional de sus competencias...»³³. En definitiva se está diciendo, como así lo hace la propia justificación del texto propuesto por el IEA a la ponencia parlamentaria para la reforma en Cataluña, que el contenido de las bases que podrán ser reguladas por el Estado en relación a esta Comunidad autónoma será lo que quepa en el espacio dejado por la regulación que la propia comunidad haga en relación a las materias en las que tiene algún tipo de competencia³⁴.

- b.) La incardinación del procedimiento del art. 150,2 CE en el Estatuto, a fin de transferir al Estado materias delegables³⁵. Ni siquiera se puede entender posible un llamamiento desde el Estatuto a esta técnica como, y es la tesis de Carrillo (2005), recomendación al legislador estatal, ya que la utilización del

rales), y me parece más fácil exigir del Estado una lealtad que elevaría la clase política al nivel que ostentó en otras épocas, que imaginar un Estatuto fuerte frente a esas eventualidades sin la previa reforma de la Constitución. Lealtad política o reforma jurídica, ésta es, por tanto, la verdadera alternativa.

³³ Aunque no resulta demasiado jurídico citar artículos de periódico, debo volver a referirme al que expresa en tales términos la opinión de Carrillo (2005).

³⁴ Se argumenta en tal sentido, por comparación a Estados federales como Suiza o Alemania, que las reformas que tienen en curso o ya realizadas han «blindado» las competencias de los entes subestatales gracias a un detalle pormenorizado de las mismas que también se ha utilizado en la propuesta del IEA, pero es obvia la objeción: en esos países el supuesto «blindaje» (comprensible aspiración a la seguridad del federalismo frente a movimientos centralizadores crecientes) se ha producido desde la estructura estatal, o cuanto menos, con el concurso principal de ésta.

³⁵ O, como dicen otros, el ejercicio de la competencia. La naturaleza de las leyes orgánicas de transferencia y de delegación es sin duda una de las cuestiones más debatidas en el Derecho autonómico, pero lo que hasta ahora había resultado claro es que nos encontrábamos ante un complemento extraestatutario de competencias, ya que está referido en última instancia a materias de titularidad estatal, es decir, a priori sin capacidad para ser incluidas en el Estatuto.

art.150,2 es no sólo de carácter excepcional sino conjunto disjuncto respecto del paquete competencial estatutario. Aunque teniendo en cuenta que lo dicho por la doctrina (incluso para criticar en su día al partido político que lo utilizó hasta la saciedad) puede ya no ser tenido en consideración, tal vez esta afirmación carezca de sentido ³⁶.

- c.) La unidad del poder judicial, de modo que cualquier propuesta de órganos periféricos de naturaleza jurisdiccional fuera de esa estructura (en su momento, del Consell Consultiu parecía quererse predicar tal carácter) está abocada a la irregularidad constitucional, del mismo modo que ocurre con propuestas de reparto territorial de tal poder que vayan más allá, no de la descentralización administrativa, sino de la mera desconcentración de órganos. En este tema, sin embargo, debo reconocer la escasa enjundia que concedo al hecho de que el poder judicial pudiera «federalizarse» en aspectos como la administración de la administración de justicia, o concediendo un papel algo más relevante a los Tribunales Superiores de Justicia, casi inactivos en algunas CCAA (vid. en general, Borrell, 2002), con la maduración del sistema democrático y cambios sustanciales coherentes con ello, en el sistema de elección del colectivo ³⁷. Y la consecuente reforma constitucional, es obvio.
- d.) La inclusión en el texto normativo del Estatuto de ciertas denominaciones y símbolos, o derechos derivados de éstos, que contradigan las afirmaciones constitucionales referidas al sustrato (¿unitario?) en el que se apoya España, por ser en definitiva la negación de la idea de España (y/o su sustitución por otras ideas de referente territorial más reducido, o más extenso). Éste es, sin duda, el tema que despierta mayor polémica, con toda probabilidad porque es el único en el que quienes no tienen conoci-

³⁶ Parece, sin embargo, que la última redacción del borrador excluiría del Estatuto tanto estas propuestas como la referencia a las demás leyes orgánicas que deberían ser modificadas para que la reforma fuese viable, incluyendo todas estas «recomendaciones» en una propuesta de resolución al Congreso de los Diputados.

³⁷ Colectivo que, por otra parte, ha tardado poco en manifestarse contrario a cualquier modificación de la estructura actual, incluso en lo que a cuerpos más inocuos, como es el de secretarios judiciales, se refiere. Bien es cierto que en el panorama propiciado a partir de 1985, con una LOPJ que lo regula después de la aparición de los principales Estatutos de Autonomía y la independencia del colectivo puesta en tela de juicio, era predecible el conflicto.

Cuadernos de pensamiento político

mientos técnicos también pueden opinar. Sin embargo, del hecho incontestable de que exista un sentimiento nacionalista en parte del colectivo ciudadano de un territorio del Estado se pretende deducir la facultad de la CA para incluir en el texto del Estatuto afirmaciones con efectos jurídicos (Cataluña como nación en sentido jurídico-político) y los derechos que tal afirmación lleva aparejados (el derecho a la autodeterminación de un –también jurídicamente supuesto, en tanto que diferenciable del español– pueblo catalán), lo que lleva a la necesidad de negar la mayor (la nación catalana, aunque desde España y de modo algo distinto lo entiende Varela (2004)) para evitar que el Estado reconozca una facultad que lo destruye por eliminación de uno de sus elementos necesarios ³⁸.

Por otra parte, me gustaría apuntar aquí algunas otras cuestiones en las que se me suscita la duda sobre su constitucionalidad, por la pretensión que parecen amparar de mimesis con el texto constitucional y por los problemas técnicos que podrían derivarse de su adopción.

- La inclusión de un elenco de derechos y deberes en el contenido estatutario ha sido un importante punto de discusión en la ponencia parlamentaria, ya que si en otros temas podría hablarse de una bipolarización, en éste las posiciones de las distintas fuerzas políticas han sido múltiples: mientras para unos la inclusión es innegociable, para otros lo era la exclusión, e incluso para otros terceros el instrumento para vehicularlos debería existir, pero no debería ser el Estatuto. Por otra parte se producía, y no necesariamente en frentes equivalentes, un enfrentamiento por el «color» que los distintos derechos y deberes recogidos pudiesen tener, y en última instancia se mantiene latente la discusión sobre el alcance que el decantamiento ideológico de los derechos (y de los principios rectores que tam-

³⁸ He dicho muchas veces y en distintos ámbitos que el Estado, al modo de un organismo vivo, nació por la fuerza ejercida sobre otras estructuras que agonizaban en el momento de su emergencia y que dialécticamente a su nacimiento asocia un instinto de supervivencia que le hace no sólo adaptarse a las necesidades de la sociedad sobre la que gobierna (así se hizo de Derecho, social y democrático en los siglos precedentes, y será capaz incluso de federalizarse si la presión ejercida es suficiente), sino negar aquellos cambios que puedan abocarle a la desaparición. Entre las resistencias intrínsecas se encuentra el reconocimiento al derecho a la autodeterminación, sobre todo por el hecho de la duda sobre cuál haya de ser su sujeto titular. De hecho es esa resistencia a desaparecer alienta en la reticencia ante la Constitución europea. Eso, y el haber olvidado el referente cristiano en la idea de Europa (Escola, 2000).

Cuadernos de pensamiento político

bién se pretende incorporar) deba tener en el texto estatutario. Y es que al margen de que el reconocimiento estatutario de tales derechos pueda resultar en ocasiones superfluo (en la mayor parte de ocasiones, en otras, al crearlos *ex statuto*, generan el problema de la capacidad de la norma para hacerlo, sobre todo cuando afecta a otros que, por su carácter constitucional, deberían ser desarrollados por ley orgánica), y de abocar a interrogantes como el de la instancia ante la que deberían defenderse, por parte de quién, etc., al margen de todo ello, que no es poco y yo creo que insalvable, la pregunta política de fondo es: ¿tiene legitimidad la norma estatutaria para sustraer al diálogo parlamentario que caracteriza el juego democrático, y a la voluntad popular que conforma sus jugadores, una facultad de tal calado como es la concepción más o menos conservadora, más o menos progresista que tenga de cada tema en juego? Decir sí sólo es posible en la identificación de la izquierda con lo bueno y la derecha con lo malo. Y esa preconcepción es peligrosamente española, muy poco moderna, muy poco europea, muy lastrada, como casi siempre, por los ciudadanos que fueron, más que por los que somos. Y estamos siendo.

- La bilateralidad como forma fundamental de relación entre Cataluña y el resto del Estado español aflora en buena parte de los títulos que ya han sido redactados de forma más o menos completa. Al respecto creo que basta pensar en el sistema multiplicado por el conjunto de CCAA y contestar a los que dicen que en 1978 también se construyó el mapa general sobre la base de lo que se «dialogaba» desde Cataluña, que veinticinco años después cualquiera de los territorios podría pretender tal capacidad.
- Ciertas vinculaciones que se pretende ejercer sobre el Estado en la elección de ciertos órganos constitucionales o internacionales pueden adolecer de la misma insuficiencia técnica que la bilateralidad. Si se pretende que en la elección de miembros del Tribunal Constitucional otro órgano distinto del Congreso de los Diputados tenga la legitimidad, ¿cuántos han de ser?, ¿de qué CCAA?, ¿en qué grado de forma vinculante?

Cuadernos de pensamiento político

EN EL PAPEL DEL MAGO

Un político (me reservo la autoría) dijo hace algún tiempo que mientras unos quisieran ser diferentes y los otros pretendieran que no lo fuesen, el Estado español tendría un problema ³⁹.

En el Estado de las Autonomías que se fraguó en la CE cabía dar satisfacción a la diferencia, pero la realidad, querida e/o inevitable ha generado una extraña asimetría, más potencial que efectiva. Para algunos, como Herrero de Miñón, la «Nación de naciones» es una vía de salida; para otros, las palabras en sí no significan nada; para unos terceros la cohesión del Estado requiere afirmar el nacionalismo español frente y por encima de cualquiera de los periféricos.

El actual Gobierno ha pretendido afrontar desde una atalaya concreta este problema, más político que ciudadano, junto con ese otro, tangible y horrible, que ha traído también de cabeza a los responsables políticos desde la Transición, como es el fin del terrorismo local. Y para ello ha colocado la legitimidad del Estado en el límite de su «auctoritas». Asegurar que el resultado del consenso que las fuerzas políticas parlamentarias catalanas sean capaces de conseguir será aprobado en las Cortes sólo puede significar dos cosas (aparte de la afirmación verbal de que se ostenta el poder): o que en el aparato central del partido que gobierna hay fuerza suficiente para condicionar que su facción catalana no va a aceptar una propuesta inconstitucional, o que se va a aceptar cualquier propuesta que venga avalada por el acuerdo mayoritario en Cataluña, con independencia de que ésta choque frontalmente con el texto de la Constitución.

Quiero pensar que el significado de la afirmación es el primero, y que se pretende además limar cualquier eventual «aspereza» del texto en la Comisión constitucional del Congreso. Pero si la voluntad es otra, si incluso anida en el discurso una crítica velada al proceso que ha conducido a España hasta aquí desde la muerte de Franco, si se afirma que es ahora cuando se está cerrando la Transición, los cadáveres de uno y otro signo ideológico (todos los que se esforzaron en

³⁹ Vale la pena recordar el modo razonable de abordar el problema que tuvieron hace más de una década buena parte de los constitucionalistas, entre los que ahora se encuentran los que proponen estos cambios en la mecánica jurídica. Al respecto vid. MONREAL (1991).

Cuadernos de pensamiento político

vestir, incluso en vestir de rosa –la flor–, la revolución que fue la Constitución de 1978) entorpecerán el baile que, este año en el que el cuentista hijo de un zapatero cumpliría 200, se avista sin fin en quien se cree seguro, vestido sólo con sus zapatillas rojas.

Se trata en todo caso de una apuesta arriesgada, porque con ella está en juego la credibilidad de las instituciones en un momento en que se duda de la capacidad de los políticos para construir algo que vaya más allá de la estructura estatal, en definitiva, para persuadir a los gobernados de que es factible transitar en el extraño espacio que ha dejado a la democracia el crecimiento de la masa como sujeto. Sloterdijk (2000) describe de modo magistral (aunque posmoderno, pues parafrasea a Elias Canetti) el resultado, lo que, permítaseme la licencia única, utilizaré para cerrar estas páginas:

Por mucho que Marx dijera que toda crítica genuina ha de empezar con la crítica de la religión, de Canetti nos queda todavía por aprender que la crítica no se puede llevar a cabo por completo si no conduce a una distinción de las fuerzas de arrastre, o no desemboca en una clasificación de los buenos y los malos fervores (...).

Recordemos, en pocas palabras, que no todo lo que las masas (más todavía sometidas a mediático vaivén) jalean es, en tanto que enorme ruido, la música del mundo. Una sola la música, como una sola la verdadera nación, poco territorial, por cierto: la persona como medida de todas las cosas.

BIBLIOGRAFÍA

No es más que la citada en el cuerpo del trabajo. Literatura jurídica sobre los temas en él apuntados existe en tal volumen que pretender abarcarlos es una necedad innecesaria y, sin duda, acabaría por parecer negar la servidumbre que reconozco tengo a los que dentro y fuera de Cataluña son los maestros de estos temas. Pero entre la abundancia de doctrina «clásica» y el hecho de que la mayor parte de las últimas aportaciones se hayan hecho en soportes más divulgativos y mediáticos que de costumbre, he reducido la lista a lo que sigue:

- AAVV (2003). *Informe sobre la reforma de l'Estatut*. Barcelona: Institut d'Estudis Autònoms.
- AJA, E. (2004). «Igualdad y diferencia entre Comunidades Autónomas (hechos diferenciales)», en AAVV. *Igualdad y diferencia entre Comunidades Autónomas (hechos diferenciales)*. Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid.
- ANGIOLINI, V. (1995). *Costituente e costituito*. Padua: CEDAM.
- ARBÓS, X. (1985). «El nou concepte de governança», en *Els papers de l'Institut: Debats sobre sobirania i nació*. Institut Cambó, Barcelona.
- BALLBÉ, M. & ALTER. (2003). *Sobirania dual y constitución integradora*. Ariel, Madrid.
- BORRELL, J. (2002). *Estado autonómico y poder judicial*. Atelier, Barcelona.
- BRYCE, J. (1884, ed. 1952). *Constituciones flexibles y*

Cuadernos de pensamiento político

- constituciones rígidas*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid.
- CAPELLA, J. R. (1985). *Entre sueños. Ensayos de filosofía jurídica*. Nova Icaria, Barcelona.
- CARRERAS, F. (2004). «Los hechos diferenciales en la Constitución», en AAVV (2004). *La Constitución a examen*. Marcial Pons, Madrid.
- CARRILLO, M. (2005). «Reformas estatutarias de verdad», en *El País*, 18 de abril.
- CASTELLÁ, J.M. (2004). *La función constitucional del Estatuto de Autonomía de Cataluña*. Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona.
- GONZÁLEZ ENCINAR, J.J. (1984). *El Estado federal asimétrico*. Tecnos, Madrid.
- HÄBERLE, P. (2004). «La constitución de la Unión Europea de junio de 2004 en el foro de la doctrina del Derecho constitucional» *Revista de Derecho constitucional europeo*. 2.
- KELSEN, H. (1931, ed. 1995). «¿Quién ha de ser el defensor de la Constitución?» Tecnos, Madrid.
- MONREAL A., COORD. (1991). *El Estado de las Autonomías*. Tecnos, Madrid.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2005). «El mito del Estatuto-Constitución», en *Informe Comunidades Autónomas 2004*. Instituto de Derecho Público, Barcelona.
- NEBRERA, M. (1991). «El artículo 149,1,1º CE en la consideración del TC», en «MONREAL, A., COORD. (1991). *El Estado de las Autonomías*». Tecnos, Madrid.
- OTTO, I. DE (1997). *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Ariel, Madrid.
- PACE, A. (1997). *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, CEDAM, Padua.
- PACE, A. (2002). «La dichiarazione di Laeken e il processo costituente europeo» *Rivista trimestrale di diritto pubblico*. 3.
- PACE, A. & ALTER (1995). *La rigidez de las Constituciones escritas*. CEC, Madrid.
- RUBIO, F. (1993). *La forma del poder*. CEC, Madrid.
- SLOTEDIJK, P. (2000). *El desprecio de las masas*. Pre-Textos, Valencia.
- VARELA, J. (2004). «España en la Constitución», en *El País*, 26 de abril.
- VEGA, P. DE (1984). *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Tecnos, Madrid.
- VIVER, C. (2004a). «La clàusula competencial de l'article 149, 1,1º CE», en *Actes del VII Seminari Autonomia i Justícia a Catalunya*, Consell Consultiu de la Generalitat, Barcelona.
- (2004b). *La reforma de los estatutos de autonomía*, conferencia impartida en Madrid, Abogacía del Estado, octubre.
- (2005). «Los límites constitucionales de las reformas estatutarias», en *El País*, 6 de mayo.