L'INTÈRPRET SUPREM DE LA CONSTITUCIÓ OBERTA I LA FUNCIÓ BILATERAL DELS ESTATUTS: O LA INSUPORTABLE LLEUGERESA DEL PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Javier García Roca*

Sumari

1. El limitat paper del desenvolupament de la Constitució i la seva concreció

2. La funció bilateral dels estatuts d'autonomia al bloc de la constitucionalitat

3. La tasca de l'intèrpret suprem de la Constitució: no existeix un substitut del poder constituent

4. Epíleg: en espera de la reforma de la Constitució territorial

* Javier García Roca, catedràtic de dret constitucional de la Universitat Complutense de Madrid, Àrea de Dret Constitucional, Ciudad Universitaria, 28040 Madrid, groca@der.ucm.es
Article rebut el 9.06.2011. Avaluació cega: 27.06.2011. Data d'acceptació de la versió final: 27.06.201

1. El limitat paper del desenvolupament de la Constitució i la seva concreció

Els coordinadors d'aquest número monogràfic em demanen que m'ocupi de la posició del Tribunal Constitucional "com a poder constituent prorrogat o sobrevingut"[1], rol que estimen podria haver assumit en el pronunciament sobre l'Estatut d'Autonomia de Catalunya (STC 31/2010, de 28 de juny). Formularé algunes matisacions. Em sembla inevitable relacionar aquest assumpte, la funció de l'intèrpret suprem de la Constitució, amb l'abast de les funcions constitucionals que els estatuts compleixen dins del bloc de la Constitucionalitat i van més enllà de la seva condició de norma institucional bàsica d'una comunitat concreta. Ja que ambdós poders entrecreuen les seves funcions en un mateix espai de delimitació complexa, pròpia del desenvolupament de les normes constitucionals primàries o de la seva concreció; com Hesse va exposar, la voluntat del constituent no pot fonamentar la vigència real de la Constitució i, sens dubte, no pot mantenir-la[2]. No obstant això, l'abast de les exigents tasques que el Tribunal s'atribueix en aquesta ocasió, em sembla que podria haver estat condicionat per la concreta controvèrsia competencial que provoca les seves argumentacions; és difícil fer un bon Dret en un litigi difícil. En segon lloc, el llarg temps transcorregut des de l'aprovació de l'esmentada sentència, fa aconsellable que no em limiti al seu comentari i intenti una reflexió amb la mirada en el futur; si bé certes referències a aquesta sentència i a d'altres seran inevitables, ja que la legitimitat de qualsevol intèrpret jurisdiccional depèn de la seva coherència i del manteniment dels precedents. La pregunta que ens plantegem no és ociosa, una de les lliçons de l'intens i llarg conflicte sobre l'Estatut de Catalunya està en els riscos que es generen en cascada quan els diferents poders no actuen moderadament dins del marc de les seves atribucions previstes en l'organització constitucional i es limiten uns als altres; el desbordament d'un condiciona el més pròxim, com si es tractés de fitxes de dòmino que cauen unes darrere les altres.

La qüestió no és cap altra que com es realitza una Constitució oberta pels poders constituïts davant de la insuportable lleugeresa del nostre poder de reforma la conducta negligent del qual genera tensions i desequilibris permanents[3]. És evident que tenim una Constitució territorial amb normes imprecises, oberta en excés a la seva permanent conformació mitjançant els impulsos d'un principi dispositiu[4], que es va voler estructural pels constituents però que és excepcional en Dret comparat i crec que hauria de ser corregit, com va suggerir l'Informe del Consell d'Estat del 16 de febrer de 2006 sobre la reforma de la Constitució, suprimint totes les disposicions de dret transitori impropi. L'absència d'un disseny constitucional amb suficient densitat normativa, la seva pràctica desconstitucionalització, és l'escenari molt arriscat en el qual ens movem encara trenta anys després. Hauríem de desmitificar la transició, i sense desdenyar la seva importància política, corregir els seus

[1] La mateixa expressió, l'utilitza Víctor FERRERES: «El Tribunal Constitucional ante la objeción democrática: tres problemas» en *Jurisdicción Constitucional y democracia*, CEPC, Madrid, 2010, pàg. 27, quan ressenya a Ackerman.

[2] *Vid.* Konrad HESSE: *Escritos de Derecho Constitucional*, CEC, Madrid, 1992, pàg. 26

[3] En el mateix sentit, Víctor FERRERES: *op.cit.*, pàg. 21, afirma que tendeixen a fer-se interpretacions constitucionals flexibles per legitimar canvis normatius que s'haurien d'encarrilar a través d'una reforma constitucional i esmenta diversos exemples sobre drets fonamentals.

[4] *Cfr.* Javier GARCÍA ROCA, J, «El principio de voluntariedad autonómica: teoría y realidad constitucionales» en *Revista de Derecho Político,* UNED, núm. 21, 1984, pp. 111-140; i Enric FOSSAS, E., *El principio dispositivo en el Estado autonómico*, IVAP-Marcial Pons, 2007.

defectes i reconèixer que el consens constituent es va assolir sovint sobre la falta d'acords concrets mitjançant constants compromisos dilatoris, i en una situació de manifesta absència de tradicions jurídiques i sòlids coneixements tècnics sobre la descentralització. Una Constitució concebuda com un procés sense fi no pot tenir l'estabilitat que demanden les normes constitucionals ni governar un Estat compost. Moltes de les regles competencials s'han quedat obsoletes en no actualitzar-se amb l'experiència adquirida en milers de controvèrsies competencials. Però, mentrestant, el poder de reforma constitucional no actuï, com caldria, les vies de desenvolupament i concreció de la Constitució (les convencions constitucionals en acords, la reforma dels estatuts, les lleis "integradores" o interposades i la tasca jurisdiccional de l'intèrpret suprem) tenen evidents limitacions: els poders constituïts no poden ocupar el lloc del poder constituent. Així ho han assenyalat de forma coincident, amb referència a les reformes dels estatuts, la STC 247/2007, de 12 de desembre, sobre el dret a l'aigua en la Comunitat Valenciana, i l'assenyalada STC 31/2010 sobre l'Estatut de Catalunya; i la STC 76/1983, de 5 d'agost, respecte del legislador estatal en el cas del projecte de LOAPA. L'enginyeria constitucional ja no ens serveix, és temps d'arquitectura: un moment de reforma constitucional.

2. La funció bilateral dels estatuts d'autonomia al bloc de la constitucionalitat

La STC 31/2010 sembla posar fi a una entesa expansiva de les funcions constitucionals dels Estatutsafavorida tant per la desconstitucionalització[5] de la forma de l'Estat com per la passivitat del poder de reforma constitucional. Per a això es decanten tres intensos límits. Primer, la impossibilitat de definir categories competencials i d'atribuir competències a l'Estat. Aquest pronunciament rebutja diverses construccions doctrinals que argumentaven la capacitat de decidir dels Estatutsen la distribució constitucional de competències i justificaven les disposicions estatutàries.

Segon, les interpretacions constitucionals realitzades en les reformes dels Estatutsno poden imposar-se a l'intèrpret suprem de la Constitució[6]. Si bé el Tribunal Constitucional incorre en alguns excessos retòrics quan qualifica la seva interpretació de les categories i principis constitucionals d'"autèntica -i indiscutible" (FJ 57)[7]. Sent formalment cert, no s'hauria de tancar en els seus monòlegs -com va denunciar de forma clàssica Otto Bachof[8] - en comptes de practicar amb humilitat i *auctoritas* el diàleg amb altres jurisdiccions i la doctrina científica en les seves exegesis per reforçar la seva capacitat argumental i *suasoria* i la implementació de les seves decisions.

Finalment -i és simplement la meva lectura-, una certa "bilateralitat" compresa com a restricció a les funcions constitucionals dels Estatutsque, per la seva pròpia naturalesa territorialment limitada,

[5] *Vid.* els treballs de Carles VIVER entre d'altres: "La reforma de los Estatutos de Autonomía" en VVAA: *La reforma de los Estatutos de Autonomía,* CEPC, Madrid, 2005, pàg. 11 i ss. José Luis TERREGALL ha subratllat que la lògica del principi dispositiu ha impulsat a la matèria estatutària a projectar-se a la manera d'una «suplencia» de la reforma constitucional amb un «ímpetu cuasiconstituyente», «Observaciones sobre la denominada función constitucional de los Estatutos de Autonomía» en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 23, 2009, pàg. 134.

[6] Ho denuncia Víctor FERRERES: *op.cit.*, pàg. 26. Maribel GONZÁLEZ recorda que els redactors de l'Estatut van creure de bona fe que, reformat l'Estatut, la jurisprudència constitucional s'hauria d'adaptar forçosament a les modificacions, però no ha estat així, "La posición de los Estatutos de Autonomía en el sistema constitucional (comentario a la STC 31/2010) "a *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 27, 2010, pp. 501. L'autora entén -de forma excessiva- que suposa l'eliminació a la pràctica del bloc de la constitucionalitat (pàg. 509).

[7] Així Víctor FERRERES el fa ressaltar: *op.cit*., pàg. 26.

[8] *Cfr.* Otto BACHOF: *Jueces y Constitución*, Taurus, Madrid, 1963, original de 1959.

s'haurien de restringir al vincle específic de la Comunitat amb l'Estat, es diria que a les obligacions que s'imposen a ambdues parts però no a altres, sense ocupar sens dubte el terreny del poder constituent originari o derivat ni tan sols el del legislador estatal quan exerceix les seves competències ni el d'altres poders estatutaris[9].

2.1. Els estatuts són lleis orgàniques o estatuts?

La STC 31/2010 (FJ 1 a 7) comença els seus raonaments analitzant la *naturalesa dels Estatuts*, l'abast de la reserva estatutària (article 147 CE). Conclou de forma assertiva que la posició dels Estatutsen el sistema de fonts és la característica de les lleis orgàniques, afirmació que devalua les seves funcions. La lacònica motivació que permet arribar a aquesta conclusió és la següent. Els Estatutssón normes subordinades a la Constitució, i no l'expressió d'un poder sobirà, s'integren a l'ordenació sota un tipus de llei estatal, la llei orgànica, forma jurídica a què es reserva la seva aprovació i reforma (articles 81.1 i 147.3 CE). D'aquest raonament es dedueix sense majors argumentacions que "la seva posició en el sistema de fonts és, per tant, la característica de les lleis orgàniques; això és, la de normes legals que es relacionen amb altres normes d'acord amb dos criteris d'ordenació: el jeràrquic i el competencial" (FJ 3). El primer ordena la seva relació amb la Constitució, i el de competència amb les normes legals.

El Tribunal posa fi així en poques línies a un llarg debat doctrinal des de principis dels vuitanta sobre la naturalesa jurídica dels Estatutson s'han usat diverses argumentacions que donen una naturalesa molt específica a la font[10]. Els estatuts -al meu entendre i al de molts- no són només lleis orgàniques, són Estatuts. Una font molt específica i important que no podem classificar com a atípica trenta anys després ni reconduir-la a d'altres qualificant-la de mera llei orgànica. Així la base de la decisió és molt més àmplia als estatuts elaborats conforme a l'article 151 CE que en les simples lleis orgàniques, perquè són fruit d'un acord de voluntats entre tres subjectes: el Parlament autonòmic proponent, les Corts Generals que la modifiquen i aproven, i el cos electoral que la ratifica en referèndum; tradicionalment associem en la teoria de l'ordenació jurídica subjectes diferents a fonts diverses. Un molt especial procediment d'aprovació en el cas d'aquestes comunitats autònomes on és de subratllar l'atípica capacitat d'esmena de les Corts mitjançant motius de desacord, tècnica que sembla propiciar el compromís; que procediments diferents desemboquin en una mateixa font com a resultat final resulta sorprenent. La seva integració en el bloc de la constitucionalitat (article 28.2

[9] La STC 31/2010, FJ 13, s'ocupa de la bilateralitat a l'article 3.1 de l'Estatut, com a principi que informa al costat de la multilateralitat les relacions de la Generalitat amb l'Estat, i el Tribunal matisa que no suposa una negociació entre parts amb igualtat de condicions i que certes qüestions només poden deduir-se de la Constitució mateixa

[10] Respecte de la naturalesa dels estatuts, i sense ànim d'exhaustivitat, recordaré Gumersindo TRUJILLO i Ignacio María de LOJENDIO que aviat van destacar el seu caràcter pactat. Francisco ROS els va qualificar més tard amb realisme com a normes constitucionals secundàries. Josep Maria CASTELLÁ i Luis LÓPEZ GUERRA han parlat d'una funció constituent que prolongaria la constitucional, tesi que corre el risc de desbordar-se. D'altres -els menys- com Cèsar AIGUALIT s'han mantingut en la seva consideració formal com a lleis orgàniques. Un debat ben conegut pels experts que no tinc prou espai per ressenyar degudament. Pot consultar-se Santiago MUÑOZ MACHADO: "Los Estatutos de Autonomía", Capítol IV, *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Tom I, 2a ed., Iustel, Madrid, 2007, pàg. 309-396. L'estudi més exhaustiu, Cèsar AIGUALIT: *El Estatuto de Autonomía y su posición en el ordenamiento jurídico*, CEC, Madrid, 1996. Un plantejament posterior, Josep María CASTELLÀ ANDREU: *La función constitucional del Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2004.

LOTC), tancant els espais oberts en les normes constitucionals mitjançant un desenvolupament autèntic en la mesura que les seves exegesis s'acomodin a aquestes; curiosa llei orgànica aquella que realitza un desenvolupament d'una norma constitucional, ja que precisament va quedar prohibit en l'esmentada STC 76/1983 fer una interpretació general de la Constitució en les lleis. El principi d'indisponibilitat dels estatuts davant tot tipus de lleis, incloses les orgàniques, fa que només puguin ser modificats pel procediment de reforma estatutària; sorprenent llei orgànica és aquella que no pot ser modificada per d'altres posterior en el temps. No he trobat raonaments en la sentència sobre aquests arguments del clàssic debat, ni sobre d'altres, de manera que la decisió pot qualificar-se d'apodíctica quan incondicionalment certa o simplificadora de la complexitat de l'assumpte. Tant de bo sigui encertada, però l'argumentació, per parca i adusta, no és *suasoria* i no crec que permeti tancar en fals un debat doctrinal i polític de dècades sobre el valor dels estatuts com a normes constitucionals secundàries.

Curiosament, la prèvia STC 247/2007 va subratllar, en canvi, la rellevància dels estatuts com a norma institucional bàsica i norma de capçalera de les ordenacions autonòmiques i va caracteritzar la seva naturalesa de forma més matisada. Es va destacar la necessària confluència de diverses voluntats en un procediment complex, el seu obligat respecte a la supremacia constitucional, la seva aprovació per les Corts Generals, la seva rigidesa acusada i integració en el bloc de la constitucionalitat. És important l'afirmació que es fa que la Constitució no especifica l'abast de les matèries competencials que enuncia i el reconeixement que hi ha una funció interpretativa de la Constitució pels poders constituïts, els estatutaris entre ells, amb el límit de no ocupar el lloc del poder constituent. El legislador estatutari -es diu-, quan assumeix i delimita competències, ha de fer una interpretació constitucional sotmesa a la Constitució i pot complir aquesta funció amb amplitud en consideració al fet que integra el bloc de la constitucionalitat. I més sense malmetre l'article 149.1 la CE i amb una eficàcia territorial limitada; unes limitacions molt importants. No sé si això és exactament el mateix que es diu en la STC 31/2010, que hem ressenyat abans, que no és fàcil resoldre si ambdues sentències acullen algunes dosis de contradicció o és només qüestió d'accent.

2.2. L'amplitud de la matèria estatutària, limitada per la impossibilitat d'ocupar altres reserves constitucionals

La STC 31/2010 (FFJJ 4 i 5) així mateix reconeix que la Constitució no determina expressament quin sigui el *contingut dels estatuts*, qüestió que incumbeix directament a les funcions que puguin complir. Únicament prescriu un contingut mínim i obligat a l'article 147.2 la CE. Però permet que comptin amb un altre contingut addicional i constitucionalment possible, com ocorre expressament amb les llengües i les banderes pròpies (articles 3.2 i 4.2 CE), o, encara no estant expressament assenyalat per la Constitució, que sigui complement adequat per la seva connexió amb les previsions constitucionals. Per tant, cap un contingut estatutari constitucionalment explícit al costat d'un altre implícit i inherent a la condició de l'Estatut com a norma institucional bàsica (article 147.1 CE). Amb aquest títol poden integrar-se als Estatutsprevisions molt dispars, sempre que es deixin fora de perill les reserves establertes a la Constitució en favor de lleis específiques o per a la disciplina de "*matèria orgànica no estatutària*". Donada l'obertura del model territorial, -continua el Tribunal-, són admissibles Estatutsdotats d'un contingut material més ampli que el que resulta mínim i necessari segons l'article 147.2 la CE. Constitucionalment, té igual cabuda una concepció restringida dels

Estatuts, limitada al mínim explícit, al costat d'una altra de més àmplia. La major part d'aquestes afirmacions de la STC 31/2010 estaven ja en la STC 247/2007.

Aquest pronunciament és molt important, doncs permet mantenir el sistema de les reserves constitucionals a diferents tipus de lleis, admet l'existència de dues concepcions dels Estatutsigualment adequades a la nostra Constitució oberta, i tanca el pas a bona part de la filosofia de l'anomenat "blindatge competencial". L'Estatut, malgrat la seva acusada transversalitat, no pot ocupar el lloc de les reserves a altres lleis orgàniques ni realment condicionar-les; si es vol mantenir la concepció de la Constitució com un sistema normatiu desproveït de contradiccions internes. Unes reserves no menys constitucionals que l'estatutària. Una altra cosa és que pugui resultar disfuncional l'alt nivell d'asimetries que comporten ara mateix estatuts tan diferenciats[11].

2.3. Però els estatuts compleixen funcions constitucionals

El Tribunal diu (STC 31/2010, F.J.4) que la primera consisteix en la diversificació de l'ordenació mitjançant la creació de sistemes normatius autonòmics en els quals els estatuts són la norma institucional bàsica. La segona consisteix a ser garantia d'indemnitat del sistema autonòmic, al costat de les normes dictades per delimitar les competències (article 28.1 LOTC), però només per remissió de la Constitució mateixa; la inconstitucionalitat per infracció d'un Estatut és, en realitat, infracció de la Constitució. En tercer lloc, els estatuts tenen una funció d'atribució de competències a la Comunitat Autònoma, així com contribueixen a perfilar l'àmbit del poder normatiu estatal. Però això no fa a l'Estatut una norma atributiva de competències a l'Estat. Les competències estatals són sempre d'origen constitucional, directe i immediat, a diferència de les autonòmiques que vénen determinades als estatuts i són només indirectament constitucionals. Ara bé, es conclou: «no pocas de las competencias estatales vienen mediatamente determinadas por los Estatutos, si bien únicamente en el si y en el *quantum*». Afirmació que s'aclareix afegint: en el primer, perquè algunes competències només seran de l'Estat en la mesura que no les hagin assumit les comunitats autònomes. En el segon, perquè l'abast de la competència estatal pot ser mínim o superior, depenent dels termes en els quals es produeixi l'assumpció estatutària. De la mateixa manera, més endavant es resoldrà (STC 31/2010, FJ 57) que la definició de categories competencials «no puede tener otra sede que la Constitución formal ni más sentido que el prescrito por su intérprete supremo», no poden coexistir dins de l'Estat autonòmic diverses maneres de ser competents, encara que les competències de l'Estat puguin variar en les comunitats autònomes. Els estatuts, donada la indefinició del text constitucional i la dispersió dels criteris constitucionals, poden simplement «relacionar sin definir, esto es sin otro ánimo que el descriptivo de una realidad normativa que les es en sí misma indisponible» (FJ 58), però aquesta sistematització estatutària pot ser modificada o revisada pel Tribunal Constitucional. Fins aquí la sentència.

De manera que, de cara al futur, l'Estatut no es pot comprendre com una norma atributiva de competències a l'Estat, únicament les determina en el si i en el *quàntum,* ni tampoc definitòria de categories i criteris competencials que s'imposin al Tribunal Constitucional. Aquest enteniment sobre la tercera funció constitucional dels estatuts pot semblar restrictiu i, sens dubte, limita molt el seu paper al bloc de la constitucionalitat, almenys respecte de la filosofia, molt ambiciosa i expansiva, que

[11] *Cfr.* Javier GARCÍA ROCA: «El riesgo de la generalización de las asimetrías en las reformas estatutarias», a Luis ORTEGA (dir.): *La reforma del Estado autonómico*, CEPC, Madrid, 2005.

va il·luminar des del principi la redacció de la proposta de reforma de l'Estatut. Però crec sincerament que la conclusió resulta obligada, no tant per la posició formal del Tribunal Constitucional, que ell mateix s'ocupa de preservar, sinó per una altra raó de fons i de més pes: la lògica de la multilateralitat en una Constitució estructuralment oberta a diversos ens territorials conforme al principi dispositiu. Les competències dels òrgans centrals de l'Estat i la definició d'aquestes no poden determinar-se bilateralment -de forma potencialment diferent- als estatuts de disset comunitats autònomes; raonant per reducció a l'absurd, què ocorreria si els desenvolupaments estatutaris fossin manifestament i de manera esmenable contradictoris[12]. Com resoldre aquestes antinòmies? En altres paraules, un únic Estatut no en pot condicionar a d'altres setze imposant la seva interpretació de les normes constitucionals a la resta i al mateix Estat central. Per asimètric que el model resulti ser, un dels nous estatuts, anterior en el temps, no pot imposar-se amb jerarquia als posteriors com si fos un paràmetre de validesa d'aquests ni tampoc no podria derogar o modificar les disposicions d'altres vells estatuts, en virtut del principi de competència, precisament perquè la seva funció està positivament i negativament delimitada per una reserva constitucional dissenyada amb una lògica bilateral. El cas del Comtat de Treviño (STC 99/1986, d'11 de juliol) ja va permetre raonar el Tribunal que l'únic paràmetre per enjudiciar la validesa constitucional d'una disposició inclosa en un Estatut és la mateixa Constitució, i que els continguts normatius que afectin una Comunitat no poden quedar fixats a l'Estatut de cap altra en virtut de la contingència del moment de la seva aprovació; malgrat la posició discrepant d'un vot particular i al debat que vam sostenir llavors. Em sembla que és amb aquesta lògica de pensament amb què hauríem d'avançar, vinculats com estan tots els poders públics a l'intèrpret suprem.

Tanmateix, observis que el Tribunal Constitucional no posa en connexió en aquesta STC 31/2010 la seva anterior taxativa qualificació dels estatuts com a lleis orgàniques amb aquestes funcions constitucionals que seguidament reconeix ni sembla extreure majors conseqüències en la seva naturalesa, la qual cosa em sembla censurable. Els estatuts són lleis orgàniques, però compleixen funcions constitucionals. Concloguem, doncs, que són unes lleis orgàniques molt específiques... *ergo* són estatuts, si no volem concloure que el Tribunal es contradiu entre el primer bloc de les seves argumentacions sobre la naturalesa dels estatuts i aquest segon.

2.4. La competència de competències correspon a la Constitució i està només a l'abast de l'intèrpret suprem

De la mateixa manera (STC 31/2010, FJ 6) el Tribunal precisa que a una concepció maximalista dels estatuts no pot deixar d'oposar-se un límit quantitatiu referit al grau de densitat normativa acceptable en un Estatut. I, sobretot, límits qualitatius, derivats de la diferència entre la Constitució i els estatuts, entre *poder constituent i poders constituïts*, que afecten les *categories i conceptes constitucionals* i, entre ells, la definició de la competència de la competència que, com a acte de sobirania, correspon a la Constitució, és inaccessible a qualsevol legislador i està només a l'abast de la funció interpretativa del Tribunal Constitucional (amb invocació de la STC 76/1983).

[12] *Vid*., entre altres, Javier GARCÍA ROCA: «El riesgo de la generalización de las asimetrías en las reformas estatutarias», *op. cit*., pàg. 89 i pàg. 92 sobre les dificultats de modificar la Constitució als estatuts.

Aquesta important doctrina és en la seva major part constitucionalment adequada. És habitual en la teoria federal atribuir la "competència de competències", o competència per modificar les competències, a l'Estat ordenació en el seu conjunt i, en conseqüència, a un únic poder constituent originari i a la seva emanació que és el poder de reforma constitucional. No pot atribuir-se aquesta funció a un poder constituït com és el d'aprovar o reformar un Estatut. La matèria estatutària, amb l'ampliació del contingut voluntari més enllà de la reserva de l'art. 147.2 CE, s'ha aproximat molt a la matèria constitucional, -i probablement d'aquí emani la confusió de plans-, però la supremacia formal d'una constitució, obra del poder constituent de tot l'Estat no pot predicar-se del poder d'aprovar un Estatut per a una part. Aquest pronunciament acaba de desactivar la filosofia del blindatge competencial: la Constitució de tots no es pot canviar en un l'Estatut d'una única Comunitat. Amb les paraules de Jellinek —i Hsü Dau-Lin—, podríem dir, que la mutació de la Constitució federal a la Constitució dels estats és possible, però no pot arribar tan lluny, i que no es pot comprendre un Estatut amb la lògica del *fait acompli*, o de l'ocupació del terreny[13].

2.5. La lògica de la bilateralitat estatutària i alguns casos de matèries competencials extraestatutàries

Després de la sentència que ens ocupa, em sembla que els estatuts i les seves reformes s'han de comprendre des d'una raonable limitació territorial de les seves disposicions normatives, i amb la lògica d'una certa bilateralitat, ocupar-se del vincle específic de la Comunitat amb l'Estat i no de la competència de competències o del conjunt de les regles constitucionals de distribució de competències. Aquesta seria la lliçó principal de la sentència sobre l'Estatut de Catalunya. Un sol Estatut no pot abrogar la jurisprudència constitucional ni la interpretació que de les disposicions estatutàries emana dins del bloc de la constitucionalitat. No és raonable que la interpretació de les categories i competències difereixi en uns territoris de l'Estat i en d'altres. Per això l'art. 1.1 de la LOTC estableix que la jurisdicció constitucional s'estén a tot el territori nacional, la qual cosa s'ha d'entendre com una garantia d'una vigència homogènia de la seva jurisprudència.

Per ratificar aquest abast bilateral de les funcions constitucionals dels estatuts crec que té rellevància —permet visualitzar el fenomen— la controvèrsia sobre la *unitat de gestió de les conques hidrogràfiques extracomunitàries* (article 149.1.22 CE) segons les sentències que declaren que els estatuts d'Andalusia i Castella i Lleó menyscaben greument la funció integradora de la competència estatal en matèria d'aigües. Així la STC 30/2011, de 16 de març, estima el recurs que va interposar la Junta d'Extremadura i anul·la l'article 51 de l'Estatut que atribuïa a Andalusia «competencias exclusivas sobre las aguas de la cuenca del Guadalquivir que transcurren por su territorio y no afectan a otra Comunidad Autónoma». S'argumenta que aquest article contradiu el sentit que el legislador estatal i la jurisprudència constitucional han atribuït a l'article 149.1.22 la CE d'acord amb la STC 227/1988, de 29 de novembre, en la qual el Tribunal Constitucional es va pronunciar sobre el principi d'unitat de gestió de conca hidrogràfica com a criteri de delimitació territorial. D'entre les diverses interpretacions possibles, el Tribunal Constitucional dóna suport a l'exclusió d'aquelles opcions que suposin una compartició del règim jurídic i l'administració de les aigües de cada curs fluvial i els seus afluents en consideració als confins geogràfics de cada Comunitat Autònoma. Un dels arguments que

[13] *Cfr.* Georg JELLINEK: *Reforma y mutación de la Constitución*, CEC, Madrid, 1991, original de 1906; també Hsü DAU-LIN: *Mutaciones de la Constitución*, IVAP, Oñate, 1996, original de 1931.

s'utilitza té relació amb l'aptitud formal dels estatuts per concretar les competències estatals. El Tribunal Constitucional afirma, citant la STC 247/2007, que les normes estatutàries només poden delimitar l'abast de les competències de l'Estat quan la precisió de les competències estatals es faci per afavorir la major concreció de les competències autonòmiques i sempre que no s'impedeixi el desplegament complet de les funcions pròpies de l'Estat. I considera que existeix una identitat substancial entre aquest cas i l'article 75.1 de l'Estatut d'Autonomia de Castella i Lleó, que així mateix es declara inconstitucional en la STC 32/2011, de 17 de març, estenent la mateixa doctrina a la regulació que fa l'Estatut de Castella i Lleó de les competències sobre el Duero. Finalment, hi ha certa analogia també amb la jurisprudència emanada en la mateixa STC 31/2010 (FJ 65) quan es diu que l'informe de la Generalitat sobre la modificació dels recursos hídrics del seu àmbit territorial, en casos de transvasaments de conques extraterritorials, pot ser preceptiu com diu l'art. 117.4 de l'Estatut, un mecanisme de col·laboració, però no vinculant ni permet desplaçar les competències estatals. Una doctrina a la qual reexpedeixen la STC 48/2010, de 9 de setembre, sobre la impugnació de l'Estatut de Catalunya per la Comunitat Valenciana i la STC 49/2010, de 29 de setembre, sobre l'anàloga impugnació per la Regió de Múrcia.

A la mateixa conclusió, crec, s'arriba des del conflicte sobre els *fons de l'Arxiu de la Corona d'Aragó* (STC 31/2010, FJ 74, que es reitera en les SSTC 46 i 47/2010, de 8 de setembre) on se salva la constitucionalitat d'una disposició addicional de l'Estatut de Catalunya mitjançant una sentència interpretativa que considera que no es desapodera a l'Estat de la titularitat i lliure disposició d'aquests arxius exarticle 149.1.28 la CE ni altera el seu règim unitari.

2.6. Les lleis estatals interposades al bloc de la constitucionalitat

D'altra banda, ja en la STC 76/1983, el cas de la LOAPA, es va interpretar que si bé els estatuts d'autonomia són les normes cridades a fixar la delimitació i assumpció de les competències entre l'Estat i les Comunitats Autònomes, això no significa que qualsevol llei estatal que pretengui delimitar competències sigui inconstitucional per exercir una funció reservada a l'Estatut. La reserva que la Constitució fa a l'Estatut no és total o absoluta sinó relativa. Les lleis estatals poden complir una *funció atributiva de competències* (les previstes a l'article 150.2 CED) o *delimitadora del seu contingut* com succeeix quan la Constitució remet una llei de l'Estat per precisar l'abast de les competències de les comunitats autònomes. El legislador estatal no pot incidir amb caràcter general en el sistema de distribució de competències, dictant normes merament interpretatives, però sí que pot fer-ho de manera concreta i específica si hi ha una previsió constitucional o estatutària (la doctrina es va reproduir, entre d'altres, en la STC 29/1986, de 20 de febrer). Bé és veritat que la STC 76/1983 va admetre que els estatuts poden ser desiguals en la "determinació" del complex competencial.

De la mateixa manera, també en matèria de competències financeres, diverses sentències constitucionals havien recordat que la *Llei Orgànica de Finançament,* que l'article 157.3 la CE habilita a fi d'assolir un mínim grau d'homogeneïtat en el sistema de finançament autonòmic, no podia quedar a l'atzar del que es decidís a cada un dels estatuts (STC 68/1996, de 18 d'abril, que n'invoca algunes prèvies). Igualment, la STC 31/2010 preserva la reserva constitucional (article 157.3 CE) a la LOFCA en pronunciar-se sobre la previsió estatutària sobre la Comissió Mixta d'Assumptes Econòmics i Fiscals (FJ 135)

S'hauria de concloure llavors en vista d'aquests exemples -i de molts d'altres- el que ja sabíem fa any i semblava haver-se oblidat, que la Constitució està oberta a un bloc de la constitucionalitat que integren els estatuts, però també les lleis interposades exarticle 28.2 de la LOTC. El model constitucional no és bo, no és estable ni garantista per a la comunitats autònomes, segons denunciava amb encert la filosofia de la reforma de l'Estatut de Catalunya que en aquest punt es pot compartir. Però és el model que tenim mentre no es reformi la Constitució. La modificació del que l'article 28.2 de la LOTC explicita amb pedagogia constitucional no queda a les mans dels estatuts, ja que transcendeix el que hem anomenat la seva funció bilateral.

2.7. Conflictes estatutaris pendents amb el legislador

La STC 31/2010 no fa sinó consolidar aquesta jurisprudència i tracta de preservar les funcions de diversos tipus de lleis estatals, davant la molt acusada transversalitat de l'Estatut. Així són freqüents les afirmacions que estableixen que les previsions estatutàries no vinculen o condicionen el legislador estatal[14]. Però certament el Tribunal es llança sobre les seves esquenes la pesada tasca de resoldre cas a cas les possibles col·lisions normatives de les lleis estatals amb l'Estatut de Catalunya i són nombroses, potser més que mai. Recordem algunes situacions on es produeixen aquestes reenviaments i el Tribunal es reserva la seva funció decisòria sense efectuar un pronunciament preventiu, negant-se a resoldre prematurament un conflicte virtual d'acord amb una jurisprudència consolidada. Determinar l'abast de la consideració de la Generalitat com a Administració única no només d'acord amb l'Estatut sinó amb el que disposin les lleis de l'Estat (FJ 30). Es considera preventiu el recurs contra el Consell Audiovisual de Catalunya fins que no es desenvolupin les previsions estatutàries (FJ 35). S'afirma que les previsions estatutàries vinculen el legislador autonòmic de règim local, però no poden desplaçar al legislador bàsic estatal (FFJJ 36-37), una motivació que enforteix la funció de la llei de Govern i Administració Local que al seu dia s'aprovi o de l'actual llei de bases, però que pot produir col·lisions amb l'Estatut. Queda oberta la controvèrsia sobre les vegueries segons la interpretació, d'entre les constitucionalment possibles, que se segueixi en desenvolupar l'Estatut el legislador autonòmic (FJ 39). Pràcticament totes les relacions entre les disposicions estatutàries i la Llei Orgànica del Poder Judicial, objecte d'una reserva constitucional, es reexpedeixen a una hipotètica modificació d'aquesta (FFJJ 42 i ss): les competències del Tribunal Superior de Justícia, el *capitidisminuido* Consell de Justícia que es declara inconstitucional com a òrgan de desconcentració del Consell General, l'ús del català en els concursos a jutges, l'abast de la potestat reglamentària de la Generalitat sobre el personal al servei de l'Administració de Justícia. La revisió -aquest sí un etern retorn- de la caracterització formal de les bases estatals i dels seus continguts possibles de nou cas a cas (F.J. 60). La participació de la Generalitat en la determinació de les subvencions no territorializables en els termes que fixin les lleis de l'Estat (F.J. 62). Els punts de connexió de les competències territorials que poden ser fixats en les lleis de l'Estat a més de ser fixats en els estatuts (FJ 63). L'abast de la participació de la Generalitat a l'exercici de potestats de l'Estat (conques hidrogràfiques, denominacions d'origen...) en els termes que pugui configurar el legislador

[14] Tomás de la QUADRA-SALCEDO adverteix que la STC 31/2010 estableixi un criteri per resoldre futurs conflictes competencials: una disposició estatutària pot no ser inconstitucional i invàlida, però la seva eficàcia depèn del que digui la norma estatal competent «El Estatuto de Cataluña y el Estado Autonómico tras las sentencias del Tribunal Constitucional» en *Revista de Administración Pública*, núm. 184, 2011, pàg. 59 i ss. També Eva Nieto subratlla que ja la STC 247/2007 va introduir la distinció entre validesa i eficàcia de les normes estatutàries, la qual cosa fins llavors només havia aconseguit les lleis estatals, «La revisión de las bases del orden constitucional de distribución de competencias a propósito de la STC 31/2010» en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 25, 2010.

estatal (FFJJ 65, 75, 107). Especialment, la revisió del prolix i massa llarg enunciat estatutari de submatèries queda en espera de futurs exercicis competencials i es posposa el judici de constitucionalitat. I un llarg etcètera. La sèrie de controvèrsies competencials que les disposicions de l'Estatut de Catalunya en la seva hipotètica col·lisió amb les lleis produeixin no ha començat a penes a resoldre's,

Si la solució de tots aquests conflictes, inherents a una Constitució oberta als operadors jurídics, queda a les mans del Tribunal Constitucional és millor que ens preguntem quina és la seva posició constitucional en la divisió de poders. Abans d'interrogar-nos després si aquesta és una tasca que podrà assumir raonablement o, al contrari, com sembla a primera vista és una càrrega desproporcionada i extravagant per a qualsevol jurisdicció. Recordem que els experts han estat assenyalant de forma coincident que l'Estat autonòmic, per la seva obertura normativa[15], és en excés un Estat de construcció jurisprudencial, cosa que comporta un seriós problema de legitimitat democràtica i seguretat jurídica, que la forma territorial de l'Estat està pràcticament desconstitucionalitzada i això indueix al desbordament en les seves tasques dels poders constituïts, i que tenim una "Constitució accidental", el resultat final d'un procés no programat *ab initio* en què intervenen moltes mans i on la doctrina constitucional és un element pràcticament constituent de l'Estat[16]. Després de la STC 31/2010, ara tenim més del mateix.

3. La tasca de l'intèrpret suprem de la Constitució: no existeix un substitut del poder constituent

Potser la millor descripció de la important funció del Tribunal Constitucional, i també de les seves limitacions, es troba en la pròpia jurisprudència i precisament en la seva primera sentència el que -estimo- no pot ser casual sinó probablement fruit d'una reflexió originària que també es podria haver oblidat:

> «... El Tribunal Constitucional actúa como *intérprete supremo* (art. 1 de la LOTC) de manera que su interpretación de los preceptos constitucionales, es decir, *la definición de la norma*, se impone a todos los poderes públicos. Corresponde, por ello, al Tribunal Constitucional, en el ámbito general de sus atribuciones el afirmar el *principio de constitucionalidad*, entendido como *vinculación a la Constitución de todos los poderes públicos*» (STC 1/1981, de 26 de febrer, la cursiva és meva).

D'aquesta motivació poden deduir-se alguns arguments. La tasca de l'intèrpret suprem consisteix a "definir" les normes constitucionals i aquelles que integren el bloc de la constitucionalitat[17], és a dir, els estatuts d'autonomia i les lleis interposades, bé "aclarint" el sentit dels preceptes, allà on sigui explícit o resulti immanent, o bé "construint" aquestes normes sobre el vehicle formal de les disposicions escrites mitjançant la seva posada en connexió amb altres de diferent rang

[15] Gustavo ZAGREBELSKY: *Il giudice della leggi artífex del diritto*, Editoriale Scientifica, 2007, pàg. 17, afirma -seguint a Hart- que l'arrel de la discrecionalitat del jutge estaria en "raggione comunicative connese alla naturale *open texture* del linguaggio, in generale, i del linguaggio giuridico in particolare"

[16] Pedro CREU VILLALÓN: "La Constitución accidental" en VVAA: *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Prof. Ros Llorente*, CEPC, Madrid, 2003, volum II, pàg. 1173

[17] Així es reconeix en la STC 156/1995, de 26 d'octubre, FJ 3r.

a través del maneig dels criteris i principis habituals d'una interpretació constitucional; mantenint el respecte als precedents i la continuïtat de la jurisprudència com a valors.

Avui és comunament admès per la doctrina que la jurisprudència constitucional és font del Dret[18] i que la interpretació constitucional es caracteritza per la construcció de normes que s'adhereixen a les constitucionals. El problema no és doncs si un Tribunal Constitucional crea dret sinó com ho fa: els procediments, límits, formes, principis i criteris amb què aquesta creació es produeix. A més el Tribunal Constitucional no és el senyor de la Constitució, aquest és el domini del poder constituent originari o derivat. Per això el Tribunal ha pogut afirmar que li incumbeix preservar la distinció entre el poder constituent i els poders constituïts, que no opera només en el moment d'establir-se una Constitució, sinó que fonamenta permanentment l'ordre jurídic estatal i suposa un límit al poder del legislador (STC 76/1983, FJ 4t). També, com ara resulta meridià, al poder d'aprovar un Estatut.

Un dels trets de l'intèrpret suprem[19] és la intensa *"vinculació*" a les sentències constitucionals per a tots els poders públics. Una forta eficàcia que sobrepassa la tradicional "cosa jutjada" (*cap de bestiar iudicata*) típica de l'ordre jurisdiccional civil que demanda la triple identitat dels subjectes, de l'objecte i de la causa de demanar per atorgar força al dret que deriva del procés; aquesta identitat no es demanda a l'hora de dilucidar l'abast de l'efecte vinculació. També va més enllà de la més moderna idea de "cosa interpretada" (*chose interpretée*) que emana de les sentències del Tribunal Europeu de Drets Humans, conseqüència de les obligacions derivades de convenis internacionals. Aquesta poderosa eficàcia vinculant no té parangó i és una característica definitòria de les sentències constitucionals, les identifica i diferencia de les resolucions d'altres tribunals donada la forta intensitat dels seus efectes. Establerta l'exegesi d'una norma constitucional, s'imposa a tots els poders públics -jutges, legisladors i administracions- amb una eficàcia abstracta, a *erga omnes* i a general amb independència dels qui fossin les parts en el procés, i de la concreta disposició impugnada o objecte immediat del procés. Aquesta vinculació a Espanya es projecta no només sobre la decisió sinó sobre tota la doctrina que porta a aquesta i en tot tipus de processos constitucionals i és més intensa que en altres ordenacions del nostre entorn. S'adverteix bé en les controvèrsies competencials a través de conflictes positius o de recursos d'inconstitucionalitat -els anomenats "conflictes de competència legislativa" – ja que, una vegada declarada la titularitat de la competència controvertida, l'eficàcia de la declaració transcendeix a les parts i a les disposicions impugnades concretes, adquirint una dimensió general que fins i tot permet declarar la desaparició sobrevinguda de l'objecte d'altres conflictes amb la mateixa raó de decidir[20].

Sorprèn, doncs, que aquesta categoria habitual en dret processal constitucional i recollida en la LOTC (articles 38.1 i 40.2), no hagi resultat manifesta en la controvèrsia constitucional produïda

[18] Gustavo ZAGREBELSKY: op.cit., recorda que el caràcter creatiu de la jurisprudència depèn de l'estructura de les normes: "strutura del diritto i discrezionalità del giudice si tengono l'una amb l'altra", pàg. 17.

[19] Sobre el sentit i abast de l'intèrpret suprem de la Constitució pot llegir-se amb profit a Manuel MEDINA: "Artículo1" en VVAA: *Comentaris a la Llei Orgànica del Tribunal Constitucional*, Juan Luis REQUEIXO (coord.), BOE, Madrid, 2001, pp. 74-81.

[20] Cfr Javier GARCÍA ROCA: "Una teoria de la Sentència en el conflicte constitucional de competència entre ens territorials" en *Actes de les III Jornades de l'Associació de Lletrats del Tribunal Constitucional*, CEC, Madrid, 1998, pp. 11 -91.

amb l'Estatut de Catalunya, on preceptes anàlegs no van ésser recorreguts en altres estatuts, el d'Andalusia especialment. La doctrina de la STC 31/2010 vincula amb efectes generals tots els poders públics, a qualssevol estatuts, amb independència que estiguessin o no recorreguts, no es podria trasplantar una doctrina improcedent del consentiment dels actes no impugnats. D'allà la incoherència lògica dels actors que, davant d'una anàloga raó de decidir, per la similitud de les disposicions estatutàries, van impugnar un Estatut i no un altre, malgrat estar la legitimació activa en els processos de control normatiu al servei de l'interès general en depurar l'ordenació jurídica de lleis inconstitucionals i no al servei d'interessos particulars segons reiterada jurisprudència constitucional.

Ja m'he ocupat de la posició del Tribunal Constitucional des d'un plantejament més general que em veig obligat a sintetitzar per aprofundir en algunes argumentacions[21]. Podem interrogar-nos si és un "poder constituent per defecte", o "un comissionat del poder constituent", o un "legislador negatiu", o "un poder constituent prorrogat". Unes caracteritzacions que no utilitzen ni la Constitució ni la Llei Orgànica del Tribunal Constitucional i que, en conseqüència, no formen part de les normes de la nostra concreta Constitució positivada o realitzada[22]. Però que han estat usades per especialistes i mitjans de comunicació. Em temo que sense suficient precisió. La posició constitucional adequada a la nostra divisió constitucional de poders no és cap altra que la de l'"intèrpret suprem de la Constitució" segons aferma l'article 1.1 de la LOTC i la mateixa jurisprudència. D'aquesta caracterització poden extreure's importants limitacions que coadjuven alguna cosa a impedir que el Tribunal es desbordi en l'exercici de les seves funcions, envaint a altres poders: el de reforma constitucional i el d'aprovació i reforma d'un Estatut.

Del pensament d'Eisenmann pot deduir-se que es tracta d'un "poder constituent per defecte"[23]. Així mateix, García de Enterría el va caracteritzar com un "comissionat del poder constituent" per a la defensa de la Constitució[24], una explicació que va tenir inicialment èxit. Al meu entendre, ambdues caracteritzacions, malgrat els matisos propis de juristes clàssics, comporten una hipèrbole, ja que ni tan sols amb caràcter subsidiari i per defecte o omissió, ni menys encara per delegació o renúncia, no pot admetre's que un tribunal s'ubiqui al lloc del tot poderós poder constituent, desproveït de límits interns i estructurals en la seva creació de normes. Només el dret internacional, en particular, el Convencional, i els valors que integren la cultura del constitucionalisme condicionen el seu exercici, si més no si la cosa es vol anomenar Constitució i invocar la legitimitat històrica i democràtica del constitucionalisme. L'òrgan jurisdiccional que actués d'aquesta manera estaria incorrent en un manifest excés de jurisdicció i envaint altres poders. El Tribunal Constitucional no pot ocupar el lloc del poder constituent, un poder extraordinari que actua de forma abstracta, perquè és un poder ordinari que intervé de forma continuada sobre pretensions concretes i conforme a un principi de congruència, igual com qualsevol jurisdicció. La forma i les tècniques amb què ambdós poders creen

[21] Javier GARCÍA ROCA: "La experiencia de vinticinco años de jurisdicción constitucional en España" en VVAA: *La reforma del Tribunal Constitucional*, Pablo PÉREZ TREMPS (coord.), Tirant lo Blanch, València, 2007, pp. 17-120. Editat després com a llibre per Porrúa, Mèxic, 2009, amb un prefaci sobre els complicats anys posteriors.

[22] *Cfr*. Konrad HESSE: *op.cit*., epígraf "Concepto y calidad de la Constitución".

[23] Charles EISENMANN: *La justice constitutionnelle et l'haute Cour Constitutionnelle d´Autriche*, Economica-Presses Universitaires d´Aix-Marseille, 1986, original de 1928. El sentit d'aquesta jurisdicció és garantir la repartició de competències entre la legislació ordinària i la constitucional, assegurar el respecte de la competència a l'òrgan suprem de l'ordre estàtic (pàg. 20) i la jerarquia entre dos graus de regles (pàg. 22).

[24] Eduardo GARCÍA D'ENTERRÍA «La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas» en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1, 1981, pp. 97 i ss

normes són molt diferents: interpretar les normes, no és aprovar una Constitució ni reformar-la. El Tribunal Constitucional és un poder constituït que deriva la seva existència i competències del poder constituent i està limitat en els seus judicis per la seva obra, que actua com a paràmetre de l'enjudiciament, inclòs el seu silenci i deficiència, que són moltes en el Títol VIII de la Constitució. El poder constituent és, en canvi, il·limitat i essencialment polític (*res facti non iuris)* i comporta un exercici directe de la sobirania popular, el que li atorga una forta legitimitat democràtica per adoptar decisions polítiques, creant normes dotades de supremacia constitucional. Res d'això no s'esdevé amb una funció jurisdiccional que dicta decisions jurídiques vinculades a la seva predeterminació normativa en un paràmetre i, només en la mesura que les seves decisions efectivament estiguin d'alguna manera predeterminades i estiguin fundades i motivades en dret, s'exerceix de forma imparcial i independent; és manifest que el control normatiu de constitucionalitat té rellevants especificitats, però no comporta una creació lliure del dret. La funció de control pròpia d'un Tribunal Constitucional no és la d'elaborar una Constitució ni la seva reforma, tampoc en una Constitució oberta com la nostra, per més que la passivitat del poder de reforma constitucional durant trenta anys hagi donat una càrrega excessiva sobre les seves espatlles i el mateix Tribunal se l'hagi incrementat ara. No pot decidir el Tribunal en lloc del poder constituent, substituint-lo, ni menys encara en contra seu, modificant aquelles opcions constitucionals que semblin tècnicament incorrectes o inidònies, ni tan sols no hauria d'ocupar, per deferència, els seus silencis en aquells espais constitucionals buits, però clarament propis del poder de reformar una Constitució, perquè, en actuar d'aquesta manera, deixaria de ser un tribunal.

Potser aquests matisos puguin semblar il·lusoris, ja que és notori que les constitucions es transformen per diversos mitjans, singularment, per la seva reforma o a través de la interpretació constitucional, i ambdós mètodes actuen en uns terrenys de complexa delimitació. Vivim en una Constitució, però aquesta és cada vegada més la que els jutges diuen que és. Aquesta tasca d'exegesi ha de tenir límits. No és casual que ni la Constitució ni la Llei Orgànica prevegin en el nostre model la possibilitat del control material de constitucionalitat de la reforma, més enllà de la regularitat del procediment; una qüestió molt debatuda en dret comparat. Ni és fortuït que el Tribunal estigui sotmès, a més a la Constitució i a les seves reformes, també a la seva Llei Orgànica (art. 1.1 de la LOTC), podent fer ambdues una derogació de les seves competències o una abrogació de la seva doctrina jurisprudencial *(overruling)*[25]. Curiós i *capitidisminuido* poder constituent seria aquell sotmès a una llei orgànica, les decisions de la qual poden ser abrogades per un altre poder. Fora d'això, qualssevol delegacions o pròrrogues en dret han de ser expresses, mai tàcites o implícites, i amb més raó quan afecten l'estabilitat de les normes constitucionals; la nostra Constitució no atorga cap delegació al Tribunal Constitucional per reformar la Constitució ni per prorrogar-se en una seu en la qual mai no va estar ubicat.

Tanmateix, és patent que la tècnica de les sentències interpretatives de rebuig, profusament usada en la STC 31/2010 -i fins i tot impulsada per les mateixes Corts Generals que van reformar la proposta d'Estatut afegint al text elàstiques clàusules de retramesa a la manera d'invitacions a una

[25] Poques vegades el Tribunal Constitucional fa abrogacions expresses de la seva jurisprudència, vegeu Francisco FERNÁNDEZ SEGAT: "Les revirements de la jurisprudence constitutionelle a Espagne" en *Les cahiers du Conseil Constitutionnel*, núm. 20, 2006, pp. 125-151. Però aquest judici, formalment correcte, no és realista, ja que hi ha abrogacions tàcites i contradiccions jurisprudencials i és molt complicat assolir una unanimitat doctrinal sobre quan aquestes contradiccions es produeixen. Com he dit, no és senzill fer una lectura sistemàtica de la STC 31/2010 i la prèvia STC 247/2007.

sentència interpretativa- permeten fer dir a l'Estatut el que inicialment no deia amb evident força manipuladora de les normes. I aquí comencen els problemes.

Conforme a l'art. 1.1 de la LOTC, el Tribunal és l'"intèrpret suprem de la Constitució" i amb aquesta condició pot aclarir el sentit dels seus preceptes, i integrar-los allà on no sigui explícit sinó immanent, fent que aflori, i fins i tot interpretar-los de forma constructiva[26]. Però la interpretació constitucional ha de consistir normalment a fer explícites les normes constitucionals amb criteris de justícia i raó abans que en edificar un dret nou[27]; participa així en l'establiment de regles superiors[28] i en les fonts de creació del dret[29], formant verdaderes normes, regles o principis, que s'adhereixen a les de rang constitucional. Aquesta és una activitat sofisticada, ja que les normes constitucionals recullen i defineixen conceptes jurídics generals, dotats d'un alt grau d'abstracció, l'exegesi dels quals sol reclamar una declaració general de principis, superant la mera decisió del cas concret i, a més, perquè els conflictes jurídics que enjudicia la jurisdicció constitucional s'endinsen en el domini de les tensions polítiques[30]. La situació s'ha reiterat especialment en relació amb la definició de les bases exarticle 149.1 la CE, on ha pogut dir-se que, per àmplia que sigui la llibertat de configuració normativa del legislador, en cap cas la seva decisió no vincula al Tribunal Constitucional qui "monopolitza l'última interpretació vinculant, això és, la interpretació autèntica de la Constitució", i posseeix capacitat per imposar al conjunt dels poders públics el sentit de les normes constitucionals i de les que integren el bloc de la constitucionalitat[31].

És també molt coneguda la caracterització de Kelsen del Tribunal Constitucional com a "legislador negatiu"[32]. Però no em sembla que pugui ser acceptada respecte del model espanyol[33]. Li preocupava inicialment al clàssic ubicar el nou poder dins de la clàssica tríada horitzontal de poders, i tractava de superar dues objeccions habituals llavors a la jurisdicció constitucional, la sobirania del Parlament i la separació de poders. Per això afirmarà que l'òrgan a què es confereix el poder d'anul·lar les lleis no exerceix veritablement una funció jurisdiccional, ja que aquesta tasca és semblant a fixar una norma general i té el mateix caràcter que la seva confecció. D'allà conclouria que és un òrgan del poder legislatiu. I, només més tard diria que la decisió d'un Tribunal Constitucional d'anul·lar una llei té el mateix caràcter que "una llei de derogació o una altra llei", és a dir, "un acte negatiu de legislació", i és una funció legislativa, la qual cosa justifica que els seus membres siguin

[26] *Cfr.* Ernest Wolfgang BÖCKENFÖRDE: *State, society and liberty. Studies in political theory and Constitutional Law,* Berg, Nova York-Oxford, 1991, hi ha traducció al castellà.

[27] Gerhard LEIBHOLZ: "El Tribunal Constitucional de la República Federal Alemaa y el problema de la apreciación judicial de la política" en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 146, 1966, pàg. 89.

[28] *Ídem.,* pp. 90-91.

[29] Entre nosaltres, Francisco ROS: "La jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho" en *La forma del poder*, CEC, Madrid, 1993, pp. 495-536, també allà mateix «Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa», pp. 573-58

[30] Entre molts altres, Gerhard LEIBHOLZ: *op.cit.*, pp. 90-91.

[31] Manuel MEDINA: *op.cit*., pp. 79.

[32] Hans KELSEN: "La garantie jurisdictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle ", a *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, 1928, pàg. 197 i ss., pàg. 224. Revisa aquesta tesi Eliseo ATROTINA: Pròleg a VVAA: *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Ariel, Barcelona, 1998, epígraf "La teoría de Kelsen sobre el Tribunal Constitucional como legislador negativo", pp. XVII i ss.

[33] Comparteix el rebuig d'aquesta tesi del legislador negatiu Víctor FERRERES: *op.cit.*, pàg. 35, amb arguments complementaris que porto anys usant.

elegits pel Parlament[34]. Em sembla que Kelsen estava més preocupat per la perspectiva orgànica, trobar una ubicació del nou òrgan que no violés la divisió de poders, que per la naturalesa de les seves funcions i que el seu plantejament ha esdevingut vell.

Recordaré que en tot cas no existeix un concepte universal de jurisdicció constitucional. En la nostra ordenació, el Tribunal Constitucional no s'integra al Poder Judicial ni forma part ni orgànicament ni funcionalment de les Corts Generals a la manera d'una tercera Cambra. És un tribunal, titular únic d'una jurisdicció independent. La moderna organització constitucional ja no s'articula des de la vella concepció tripartida de poders i funcions[35] segons podia pensar-se en els anys vint. La posició del Tribunal Constitucional es resol acudint a la categoria d'"òrgan constitucional", una institució ubicada al marge dels tres poders clàssics, com van argumentar al seu dia de forma clàssica primer Sandulli a Itàlia i després García Pelayo a Espanya. Una categoria que assumeix la Llei Orgànica del Tribunal Constitucional.

Les funcions de la nostra jurisdicció constitucional disten a més de ser estrictament negatives, van assumint més enllà un paper positiu. Segons es fa evident en les "sentències interpretatives" o "atípiques" mitjançant diverses tècniques[36] que necessiten o corregeixen[37]l'exègesi de normes, davant aquelles en les quals simplement es declara la nul·litat i que sí que tenen una evident dimensió negativa per prevalença. No obstant això, els efectes generals i de vinculació del legislador a la doctrina jurisprudencial, que també hi ha en les sentències estimatòries o de declaració d'inconstitucionalitat (art. 38.1 de la LOTC), fan que fins i tot aquestes tampoc no puguin tenir plena col·locació en aquesta caracterització. Si el Tribunal fos simètric en la seva posició, una espècie de revers o negatiu del legislador, difícilment no podria predicar-se la vinculació a la seva doctrina. Alguna nota material i formal de superioritat institucional davant el legislador s'hauria probablement de deduir precisament d'aquests efectes de vinculació a les seves sentències com és comú en dret públic en qualsevol òrgan que pugui dictar-li instruccions a un altre segons ens va ensenyar Orlando.

Sembla, per tant, que el Tribunal Constitucional té una posició com a òrgan constitucional al qual incumbeix com a funció principal i definitòria la interpretació de la Constitució amb caràcter suprem. No és, per tant, un poder constituent ni per defecte ni per comissió ni per delegació ni per substitució de les omissions del titular ni menys encara un legislador negatiu o positiu. Una situació que el diferencia del sobirà poder constituent, així com també del poder constituït legislatiu[38], tant

[34] *Cfr.* Hans KELSEN: «Le contrôle de constitutionnalitè donis lois. Uneix étude comparative donis Constitutions autrichienne et américaine» en *Revue Francaise de Droit Constitutionnel*, 1990, I, pàg. 20. L'original de 1942.

[35] *Cfr.*, entre d'altres, Javier GARCÍA ROCA: "Del principio de la división de poderes" en VVAA: *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, UNAM Mèxic - UCM, tom II, 2001, pp. 1087 i ss.

[36] Molt analitzades per la doctrina italiana que ha construït una àmplia tipologia. Entre nosaltres, Javier DÍAZ REVORIO: *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid, 2001, que analitza especialment les sentències additives; i Àngel GARRORENA: "Opacidad y desestimación de la inconstitucionalidad en el error de las sentencias interpretativas" en VVAA: *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Prof. F. Ros Llorente,* Madrid, 2003, tom II, pp. 1843 i ss.

[37] Víctor FERRERES. *op.cit.*, pp. 35 ss, suggereix que el Tribunal Constitucional en les sentències interpretatives primer reconegui que la llei, llegida de manera honesta i a la llum del debat parlamentari, era inconstitucional i reconegui que els recurrents tenien raó en denunciar-ho, i després formuli el remei davant de la norma defectuosa transformant-la o corregint-la en la direcció correcta. La tesi sembla lògica, però al meu entendre suscita molts problemes específics de tècnica jurídica i dret processal constitucional, ja que l'objecte de control de constitucionalitat no és la norma sinó la disposició escrita -segons reiterada jurisprudència- i menys encara la *voluntas legislatoris* en comptes de la *voluntas legis*. El rigor en la construcció de les sentències interpretatives i el seu perfeccionament tècnic han de venir per altres vies.

[38] Pot veure's Javier PÉREZ ROYO: *Tribunal Constitucional y división de poderes*, Tecnos, Madrid, 1988, epígraf "Poder constituente-legislador-Tribunal Constitucional", pp. 64 i ss. És interessant Enzo CHELI: *Il giudice delle leggi. La Cort Costituzionale nella dinamica dei potteri*, Il Mulino, Bolonya, 1996.

ordinari com estatutari, ja que estant el Tribunal sotmès al primer només ho és al segon quan desenvolupa la reserva constitucional exart. 165 de la seva Llei Orgànica i pot dictar doctrina vinculant per a les Corts Generals i les Assemblees de les Comunitats Autònomes, també quan cooperen en la redacció d'un Estatut o la seva reforma.

Aquesta funció d'intèrpret suprem de la Constitució té una dimensió més moderna i jurídica que la idea de "defensa de la Constitució", entesa, des de la polèmica clàssica entre Kelsen i Schmitt, en clau reactiva i política, i centrada en la controvèrsia entre "legalitat" i "legitimitat"[39]. Ja que no s'acontenta amb preservar de manera defensiva una institució, uns continguts infranquejables, sinó que subministra criteris i principis interpretatius per a la promoció dels béns constitucionalment protegits[40], el desenvolupament de les fonts del dret i els drets fonamentals, i l'exercici de les competències pels ens territorials. L'afirmació pot constatar-se amb nombrosos exemples en la STC 31/2010.

S'ha de reconèixer, en conseqüència, que el Tribunal Constitucional no és un "òrgan judicial" però sí un "òrgan jurisdiccional", l'obra pacient d'un jutge que construeix i manté regles i principis mitjançant les eines de la interpretació constitucional, així com també un "òrgan constitucional" ubicat al flux d'una concreta divisió de poders i d'una direcció política d'Estat. I d'aquesta doble naturalesa emanen les tensions. Així la mateixa existència d'una jurisdicció constitucional pressuposa l'homogeneïtat d'una comunitat, que el Tribunal no arribi massa tard als problemes o ho faci desubicat precisament a causa de la seva naturalesa jurisdiccional[41]. Quan aquesta homogeneïtat desapareix, com ha ocorregut en la controvèrsia de l'Estatut de Catalunya, les coses esdevenen massa difícils per a qualsevol intèrpret imparcial. Tota jurisdicció constitucional reclama certa normalitat constitucional: ningú no arriba a ser Salomón a Weimar...

Quins límits ha de tenir aquesta funció jurisdiccional de l'intèrpret suprem de la Constitució? Aquí continuen els problemes en qualsevol teorització. Primer, perquè és manifest que no tenim una teoria suficient de la interpretació constitucional; i és més feble encara en les controvèrsies competencials entre ens territorials que en la garantia dels drets[42] on el principi de proporcionalitat ha

---

[39] S'ha de veure Nicoló ZANON: "La polémique entre Hans Kelsen et Carl Schmitt sud la justice constitutionnelle" a *Annuaire Internacional de Justice Constituionnelle*, Vol. V, 1989, pp. 177-189, qui subratlla els vessants polítics de la polèmica i nega que hi hagués un verdader debat, ja que les seves concepcions no tenien res en comú. Al·ludeix p.ej. encara constantment a «órgano encargado de defender la Constitución» o al «guardián de la Constitución», sense percebre la limitació d'aquesta caracterització tradicional i negativa, com molts d'altres, Tomás de la QUADRA-SALCEDO: *op.cit.*, pàg. 45, pàg. 48, pàg. 54, qui,tanmateix, percep adequadament com a pronunciament central que el Tribunal preserva en la STC 31/2010 el seu poder d'interpretar la Constitució davant l'Estatut.

[40] *Vid.* Luis LÓPEZ GUERRA: *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, epígraf "Defensa e interpretación de la Constitución", pp. 15 i ss.

[41] Nicoló ZANON*: op. cit.*, pàg. 179.

[42] No estic segur de les afirmacions de Víctor FERRERES: *op.cit.*, pàg. 14 ss, sobre l'objecció democràtica o dificultat contramayoritària a la legitimitat del control de constitucionalitat de la llei, ben raonades i trasplantades dels Estats Units, però que sincerament crec que potser desenfoquen la realitat del problema a Espanya i podrien percebre's com a esquemàtiques o formalistes. Entén que en el context del federalisme l'objecció no suposa un verdader problema, ja que ambdues lleis en col·lisió emanen de legisladors democràtics que s'enfronten, la decisió -diu- no entra pròpiament en tensió amb la democràcia; les coses es compliquen quan el jutge constitucional dels drets se situa davant el legislador democràtic. Les coses em sembla que no responen a aquest esquema en l'experiència del nostre model de jurisdicció constitucional. El constant conflicte de competència legislativa entre dues legitimitats democràtiques contraposades i plasmades en diverses lleis -v.gr. sobre el bàsic- es resol per l'intèrpret suprem amb una decisió arbitral molt genèricament predeterminada en un ampli i imprecís bloc de constitucionalitat amb normes dotades d'una textura molt oberta i no necessàriament de rang fonamental i això genera un arriscat xoc de legitimitats i una molta major tensió. El mateix autor adverteix el problema quan

assolit ja certa formalització davant del Tribunal de Justícia, el Tribunal Europeu de Drets Humans i diversos tribunals constitucionals. En canvi, els principis de subsidiarietat i proporcionalitat estan gairebé mandrosament oblidats en les seves sentències sobre conflictes pel Tribunal Constitucional espanyol. Aquest dèficit crec que és el problema principal del qual la doctrina científica s'hauria d'ocupar per fer més predictibles en el futur unes decisions que són fruit d'una intensa discreció judicial; és la nostra càrrega proveir el Tribunal de millors eines exegètiques.

Segon, perquè predicar el *self-restraint,* l'autocontenció del Tribunal Constitucional, l'actuació moderada i prudent d'un òrgan amb prou feines sotmès als contrapesos d'altres poders, és un testimoni de la pobresa del sistema. Ningú no es conté bé a si mateix. Pot pensar-se que el Tribunal no té una capacitat de control genèrica i il·limitada -com ha dit Manuel Medina- sinó que ha de revisar la seva competència revisora al llarg d'una demanda a la llum de la divisió de poders, i, no donar-la per presumpta, sinó assegurar-se que hagi predeterminat alguna cosa constitucionalment[43].. Però molt me'n temo que, donada la flexibilitat i indeterminació de la major part de les nostres normes constitucionals, la seva obertura i elasticitat, verdaders compromisos dilatoris que el Tribunal Constitucional ha anat omplint de continguts en successius casos. Tampoc no crec hàgim avançat gaire en l'eficàcia d'aquestes limitacions, malgrat la indiscutible validesa de l'argument.

Tercer, és veritat que el Tribunal ha diferenciat les seves pròpies funcions de la funció legislativa, i que invoca constantment la llibertat de configuració normativa del legislador, reconeixent que la Constitució no és un programa d'actuacions sinó un conjunt de límits i un marc mínim de coincidències prou ampli que admet opcions polítiques diverses que un òrgan jurisdiccional no pot substituir. El legislador no executa la Constitució, crea normes amb llibertat, i el Tribunal no ha de verificar l'oportunitat d'aquestes sinó la seva adequació a un paràmetre constitucional[44]. La legislació no és concreció de la Constitució sinó una activitat políticament configurada[45]. Aquesta frontera és certa, potser la més rellevant, però els seus límits es mouen constantment en una frontera variable.

Quart, el resultat d'una interpretació constitucional ha de ser generalizable i deduir-se d'uns cànons iguals, d'això resulta una garantia de la previsibilitat de la decisió[46]. A més és evident l'ampli marge de discrecionalitat que allotja la jurisdicció constitucional en els seus pronunciaments i fins i tot la constatació de contradiccions jurisprudencials.

Cinquè, pot pensar-se, així mateix, en la rellevància com a contrapès del dret processal constitucional, alguns autors com Pizzorusso han defensat que la submissió a les normes processals és el principal límit de l'intèrpret suprem[47]. L'argument és cert, però el límit no és intens, ja que, sent el Tribunal Constitucional al temps l'únic intèrpret i el principal destinatari de les seves normes, l'exègesi de les disposicions processals manca d'alteritat, té una naturalesa d'alguna manera corporativa; així existeix una tendència a decidir de forma relativament incongruent i d'ofici sobre el *petitum* i l'objecte del litigi, o a autoconcedir-se eines processals que la llei processal no preveu (v.gr.

---

es planteja un altre ingredient: la rellevància del referèndum a efectes d'aquest control que no és un fenomen insòlit, però que podria portar a practicar un cert marge de deferència judicial derivat del suport popular.

[43] Pot veure's Manuel MEDINA al que segueixo en aquest punt: op.cit., pàg. 82 i ss

[44] Ibidem

[45] Christian STARCK: *Jurisdicció constitucional i drets fonamentals*, Dykinson, Madrid, 2011, pàg. 42.

[46] Ibidem

[47] Alessandro PIZZORUSSO: "Ús ed abús del diritto processuale costituzionale" en VVAA: *Perspectives constitucionais. Nos 20 anus dóna Constituiçao de 1976*, Coimbra Editora, 1996, volum I, pàg. 879 i ss.

la nul·litat prospectiva o diferida en el cas espanyol), una cosa que de vegades resulta inevitable per no generar danys majors.

Sisè, la meva llarga observació de la institució des de fora i des de dins com a lletrat al seu servei em porta a pensar que el límit més important a la pràctica no crec sigui un altre que l'excel·lència com a juristes dels magistrats constitucionals, el seu cabal d'experiències i coneixements sobre controvèrsies constitucionals i la seva capacitat de resoldre'ls en sala de deliberació mitjançant la constant discussió de principis, interpretacions i ponderacions. Els titulars de l'òrgan són la sal de la terra de la jurisdicció[48]. Els partits que impulsen els òrgans constitucionals que els designen haurien de prendre seriosament aquesta realitat per a profit de tothom i consensuar un perfil objectiu que permetés construir majories qualificades sobre l'autoritat i imparcialitat dels designats i la seva pluralitat de sensibilitats. L'actual *lotització* sense vets destrueix el mèrit i la capacitat. Sé que això pot semblar ingenu, però és savi, la història mostra que la jurisdicció constitucional, com la democràcia representativa, no es pot mantenir sense una ètica pública i uns principis republicans o direccions polítiques d'Estat.

En suma, conclouré, cap de les limitacions que he enumerat a la funció de l'intèrpret suprem crec sigui intensa, encara que siguin certes, i temo no tenir alternatives. A l'interessant llibre "*Schmitt, a dangerous mind*" es recorda que alguns dels deixebles -de dreta i esquerra- d'un decisionista i detractor de la jurisdicció constitucional com va ser Schmitt, van criticar en la segona postguerra el Tribunal Constitucional Federal alemany per -a judici seu- dictar "apòcrifs actes de sobirania"[49]. De manera molt més mesurada, Cruz Villalón recorda que la "Constitució immutada" ha situat el Tribunal Constitucional en una posició "innecessàriament forta", la qual cosa pot confondre les diferències entre sentència constitucional i reforma constitucional[50]. En aquest escenari, escassament recomanable, ens mourem -em temo- en el futur si no canviem aviat els decorats. La pregunta és com?

5. - Epíleg: en espera de la reforma de la Constitució territorial

D'aquest cercle viciós d'inseguretats jurídiques, de pèrdua de legitimitat democràtica de la nostra Constitució territorial i *d'auctoritas* del seu intèrpret suprem, no ens en podem sortir si no és mitjançant la reforma Constitucional[51]. L'actual complexitat de les normes de distribució de

[48] Rosari SERRA conclou el seu estudi sobre selecció dels jutges i independència judicial amb una frase feliç de la Cort Suprema: «probar que un juez es una completa *tabula rasa* en el área de la interpretación constitucional podría ser más una prueba de falta de calificación que de inclinación o sesgo (Laird v. Tatum), 409 US 824,835 (US Supreme Court, 1972)», *La selección de juezes en Estados Unidos*, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2011, pàg. 14.

[49] Jan-Werner MULLER: *A Dangerous Mind: Carl Schmitt in Postwar European Thought*, New Haven, Yale University Press, 2003.

[50] Pedro Cruz: "La Constitución accidental", *op.cit.*, pàg. 1177.

[51] Aquesta era la posició doctrinal majoritària, fins i tot a Catalunya, fins abans d'iniciar-se la reforma de l'Estatut: reconèixer com a positiva la realitat i postular la correcció de defectes i insuficiències mitjançant la reforma constitucional. En aquest sentit, Eliseo Aja i Carles Viver: "Valoración de 25 años de autonomía" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 69, 2003, pp. 69 i ss. Potser el problema no sigui que les comunitats autònomes tinguessin una "autonomia de baixa qualitat" sinó que el que era de baixa qualitat és la mateixa Constitució territorial per les seves insuficiències. Després de la STC 31/2010 molts es plantegen la viabilitat i conveniència de la reforma constitucional, entre d'altres, Tomás de la QUADRA-SALCEDO: *op. cit.*, pàg. 74, suggereix conservar la Constitució, però no "momificar-la" (pàg. 77). Des de posicions molt diverses a les que aquí es raonen, defensa recentment també la necessitat de la reforma Jorge d'ESTEBAN: "De Constitución normativa a nominal" en *Teoría y realidad constitucional*, 27, 2011, pp. 177 ss.

competències al bloc de la constitucionalitat ha creat una nova escolàstica jurídica en cents de confuses sentències, -divines paraules…- que reclama una dràstica simplificació. És necessari aclarir la interpretació d'unes disposicions que utilitzen milers d'operadors jurídics en multitud de conflictes competencials. Hi ha, de vegades, una jurisprudència per a una cosa i la seva contrària, conseqüència de les limitacions de la qual és, per definició, abans una interpretació tòpica que sistemàtica, i lectures molt diverses -i de vegades oposades- pels especialistes de massa sentències. Com que visc a Espanya i observo el país que habito, conec els obstacles polítics que se suposa que s'oposen a aquesta tasca i que no sé si són infranquejables. Però no puc dir cap altra cosa, perquè aquesta és la lògica del dret constitucional en qualsevol país del nostre entorn cultural: el constitucionalisme dels estats compostos. La solució depèn de la voluntad, que els nostres dirigents polítics allotgin, de viure en Constitució -com diria Hesse-. Es pot pensar que puguem viure gairebé sense Constitució i continuar una altra dècada amb el que he anomenat una *"Constitució suflé*"[52], molt voluminosa i aparent, però les disposicions de la qual tenen ja insuficient densitat normativa per dirigir una ordenació jurídica que s'ha desenvolupat molt en normes no de rang fonamental durant trenta anys a mercè de l'arriscada idea de bloc de la constitucionalitat. O al contrari, recuperar la prudencia, el sentit d'Estat i pensar que és necessari reformar les regles competencials, aclarir-les i actualitzar-les d'acord amb les experiències constitucionals[53] adquirides a través de milers de conflictes; la força de la llei constitucional i la cultura de la constitució, que produeix l'adhesió, són avui dos valors en tensió[54]. Invertim els nostres esforços a assegurar-nos de l'aplicació de les regles constitucionals i estatutàries, a consensuar el paràmetre normatiu, en comptes de trobar solucions adequades sobre una infinitat de problemes reals i apressants que anem posposant o resolent amb infinitat de dificultats: la trasposició harmònica de la directives europees en matèries amb competències compartides i concurrents (recordem el difícil cas de la directiva de serveis); la regulació de la protecció civil davant de greus emergències d'interès nacional o la seva actuació de forma prou coordinada; l'ús solidari de les conques hidrogràfiques extracomunitàries; el repartiment just dels instruments de finançament mitjançant mecanismes de compensació solidaris i transparents que incomprensiblement avui ni tan sols no estan a la Constitució; una regulació moderna i pluralista del règim local assentada en el protagonisme dels municipis i la suficiència dels seus recursos en un marc competencial estable; l'extenuant discussió sense fi sobre el paper de províncies i diputacions i ara de vegueries; i un massa llarg etcètera com per no preocupar-nos. Fins quan?

D'aquesta situació de manifesta ineficàcia de la nostra divisió territorial del poder només en podem sortir mitjançant la reforma de la Constitució territorial. Tenim una de les constitucions més velles d'Europa. Ja no som el referent europeu d'una transició democràtica model sinó l'exemple d'un sistema de distribució de competències que dificulta la governació per la seva mateixa confusió i suscita seriosos problemes d'integració. Cap Constitució d'un Estat descentralitzat no pot funcionar

52. *Vid.* Javier García Roca, «De las reformas de los Estatutos a la reforma de la Constitución territorial: a la búsqueda de la legitimidad democrática y la seguridad jurídica» en *XXV Aniversario de la LORAFNA*, Parlamento de Navarra, 2008, pp. 151-178.

53 Gustavo ZAGREBELSKY: *op.cit.*, no debades un antic jutge constitucional, raona que tot positivisme té en comú la seva condició monista o positiu legislativa, però adverteix que el problema dels nostres dies és la condició *dualista* del dret, la tensió entre el dret com a *substància,* que emana de les *experiències* jurídiques, i el dret com a *forma* quan se'ns imposa la seva *obediència*: *lex* o *ius*, *leges* o *visquis*. I conclou que quan el dret només és capaç d'assumir un d'aquests dos valors la societat està en perill i el sistema polític institucional es transforma en una màquina letal (pp. 22-23). Aquesta em temo és la nostra situació actual.

54 *Ídem*., pàg. 45.

sense acomodar-se de tant en tant a la realitat; totes ho han fet menys la nostra. Aquesta és la responsabilitat històrica de la nostra generació per a les venidores i, en particular, dels nostres governants: recuperar la capacitat de compromís i patriotisme constitucional i modernitzar les regles de joc. L'intèrpret suprem de la Constitució no pot sortir constantment de la banqueta dels suplents i actuar en comptes del titular del poder de reforma, realitzant unes funcions que desborden les seves potestats. Des dels vuitanta i la LOAPA, sabem que la tasca d'interpretació general de les normes constitucionals tampoc no pot fer-la el legislador. Ara s'ha resolt que els estatuts no poden definir categories constitucionals ni condicionar les competències estatals. Alguna cosa almenys hauria de ser més clara. Del llarg viatge de l'Estatut de Catalunya haurien de quedar els molts estudis realitzats -una prospecció constitucional[55]- i la sana voluntat regeneracionista d'actualitzar la Constitució. Però hauríem d'aprendre que només pot fer-se amb el consens del major nombre possible de forces polítiques i mitjançant la reforma de la Constitució. És un exercici d'incoherència generalitzat postular el manteniment d'una Constitució oberta i després queixar-se que l'intèrpret suprem es desbordi en les seves funcions.

[55] Són paraules de Pedro Cruz en un altre context: *op.cit.*, pàg. 1177.