EL INTÉRPRETE SUPREMO DE LA CONSTITUCIÓN ABIERTA Y LA FUNCIÓN BILATERAL DE LOS ESTATUTOS: O LA INSOPORTABLE LEVEDAD DEL PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Javier García Roca*

Sumario

1. El limitado papel del desarrollo de la Constitución y su concreción
2. La función bilateral de los Estatutos de Autonomía en el bloque de la constitucionalidad
3. La labor del intérprete supremo de la Constitución: no existe un sustituto del poder constituyente.
4. Epílogo: a la espera de la reforma de la Constitución territorial

* Javier García Roca, catedrático de derecho constitucional de la Universidad Complutense de Madrid, Área de Derecho Constitucional, Ciudad Universitaria, 28040 Madrid, groca@der.ucm.es.
Artículo recibido el 9.06.2011. Evaluación ciega: 27.06.2011. Fecha de aceptación de la versión final: 27.06.201

1. El limitado papel del desarrollo de la Constitución y su concreción

Los coordinadores de este número monográfico me piden me ocupe de la posición del Tribunal Constitucional «como poder constituyente prorrogado o sobrevenido»,[1] rol que estiman podría haber asumido en el pronunciamiento sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña (STC 31/2010, de 28 de junio). Formularé algunas matizaciones. Me parece inevitable relacionar este asunto, la función del interprete supremo de la Constitución, con el alcance de las funciones constitucionales que los Estatutos cumplen dentro del bloque de la Constitucionalidad y van más allá de su condición de norma institucional básica de una concreta Comunidad. Pues ambos poderes entrecruzan sus funciones en un mismo espacio de complejo deslinde, propio del desarrollo de las normas constitucionales primarias o de su concreción; como Hesse expuso, la voluntad del constituyente no puede fundamentar la vigencia real de la Constitución, y, desde luego, no puede mantenerla.[2] No obstante, el alcance de las exigentes labores que el Tribunal se atribuye en esta ocasión me parece que podría haber estado condicionado por la concreta controversia competencial que provoca sus argumentaciones; es difícil hacer un buen Derecho un litigio difícil. En segundo lugar, el largo tiempo transcurrido desde la aprobación de dicha sentencia, hace aconsejable que no me limite a su comentario e intente una reflexión con la mirada en el futuro; si bien ciertas referencias a esta sentencia y a otras serán inevitables, pues la legitimidad de cualquier intérprete jurisdiccional depende de su coherencia y del mantenimiento de los precedentes. La pregunta que nos planteamos no es ociosa, una de las lecciones del intenso y largo conflicto sobre el Estatuto de Cataluña está en los riesgos que se generan en cascada cuando los distintos poderes no actúan moderadamente dentro del marco de sus atribuciones previstas en la organización constitucional y se limitan unos a otros; el desbordamiento de uno condiciona al más próximo como fichas de dominó que se derriban unas a otras.

La cuestión no es otra que cómo se realiza una Constitución abierta por los poderes constituidos ante la insoportable levedad de nuestro poder de re-

1. La misma expresión utiliza Víctor Ferreres, «El Tribunal Constitucional ante la objeción democrática: tres problemas» en *Jurisdicción Constitucional y democracia*, CEPC, Madrid, 2010, p. 27, cuando reseña a Ackerman.

2. *Vid.* Konrad Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional*, CEC, Madrid, 1992, p. 26

forma cuya conducta negligente genera tensiones y desequilibrios permanentes.[3] Es evidente que tenemos una Constitución territorial con normas imprecisas, abierta en exceso a su permanente conformación mediante los impulsos de un principio dispositivo,[4] que se quiso estructural por los constituyentes pero que es excepcional en Derecho comparado y creo debería ser corregido, como sugirió el Informe del Consejo de Estado de 16 de febrero de 2006 sobre la reforma de la Constitución, suprimiendo todas las disposiciones de derecho transitorio impropio. La ausencia de un diseño constitucional con suficiente densidad normativa, su práctica desconstitucionalización, es el escenario muy arriesgado en que nos movemos todavía treinta años después. Deberíamos desmitificar la transición, y sin desdeñar su importancia política, corregir sus defectos y reconocer que el consenso constituyente se alcanzó a menudo sobre la falta de acuerdos concretos mediante constantes compromisos dilatorios, y en una situación de manifiesta ausencia de tradiciones jurídicas y sólidos conocimientos técnicos sobre la descentralización. Una Constitución concebida como un proceso sin fin no puede tener la estabilidad que demandan las normas constitucionales ni gobernar un Estado compuesto. Muchas de las reglas competenciales se han quedado obsoletas al no actualizarse con la experiencia adquirida en miles de controversias competenciales. Pero, mientras tanto el poder de reforma constitucional no actúe, como debería, las vías de desarrollo y concreción de la Constitución (las convenciones constitucionales en acuerdos, la reforma de los Estatutos, las leyes «integradoras» o interpuestas y la labor jurisdiccional del intérprete supremo) tienen evidentes limitaciones: los poderes constituidos no puede ocupar el lugar del poder constituyente. Así lo han señalado de forma coincidente, con referencia a las reformas de los Estatutos, la STC 247/2007, de 12 de diciembre, sobre el derecho al agua en la Comunidad Valenciana, y la señalada STC 31/2010 sobre el Estatuto de Cataluña; y la STC 76/1983, de 5 de agosto, respecto del legislador estatal en el caso del proyecto de LOAPA. La ingeniería constitucional ya no nos sirve, es tiempo de arquitectura: un momento de reforma constitucional.

---

3. En el mismo sentido, Víctor Ferreres, *op.cit.*, p. 21, quien afirma que tienden a hacerse interpretaciones constitucionales flexibles para legitimar cambios normativos que deberían encauzarse a través de una reforma constitucional y menciona varios ejemplos sobre derechos fundamentales.

4. *Cfr.* Javier García Roca, J., «El principio de voluntariedad autonómica: teoría y realidad constitucionales» en *Revista de Derecho Político,* UNED, nº 21, 1984, pp. 111-140; y Enric Fossas, E., *El principio dispositivo en el Estado autonómico*, IVAP-Marcial Pons, 2007.

2. La función bilateral de los Estatutos de Autonomía en el bloque de la constitucionalidad

La STC 31/2010 parece poner fin a un entendimiento expansivo de las funciones constitucionales de los Estatutos favorecido tanto por la desconstitucionalización[5] de la forma de Estado como por la pasividad del poder de reforma constitucional. Para ello se decantan tres intensos límites. Primero, la imposibilidad de definir categorías competenciales y de atribuir competencias al Estado. Este pronunciamiento rechaza diversas construcciones doctrinales que argumentaban la capacidad de decidir de los Estatutos en la distribución constitucional de competencias y justificaban las disposiciones estatutarias.

Segundo, las interpretaciones constitucionales realizadas en las reformas de los Estatutos no pueden imponerse al intérprete supremo de la Constitución.[6] Si bien el Tribunal Constitucional incurre en algunos excesos retóricos cuando califica su interpretación de las categorías y principios constitucionales de «auténtica —e indiscutible» (FJ 57).[7] Siendo formalmente cierto, no debería encerrarse en sus monólogos —como denunció de forma clásica Otto Bachof[8]— en vez de practicar con humildad y *auctoritas* el diálogo con otras jurisdicciones y la doctrina científica en sus exégesis para reforzar su capacidad argumental y suasoria y la implementación de sus decisiones.

Por último —y es simplemente mi lectura—, una cierta «bilateralidad» comprendida como restricción a las funciones constitucionales de los Estatutos que, por su propia naturaleza territorialmente limitada, deberían

5. *Vid.* los trabajos de Carles Viver, entre otros, «La reforma de los Estatutos de Autonomía» en VVAA: *La reforma de los Estatutos de Autonomía,* CEPC, Madrid, 2005, p. 11 y ss. José Luis Cascajo ha subrayado que la lógica del principio dispositivo ha impulsado a la materia estatutaria a proyectarse al modo de una «suplencia» de la reforma constitucional con un «ímpetu cuasiconstituyente», «Observaciones sobre la denominada función constitucional de los Estatutos de Autonomía» en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 23, 2009, p. 134.

6. Lo denuncia Víctor Ferreres: *op.cit.*, p. 26. Maribel González recuerda que los redactores del Estatuto creyeron de buena fe que, reformado el Estatuto, la jurisprudencia constitucional debería adaptarse forzosamente a las modificaciones, pero no ha sido así, «La posición de los Estatutos de Autonomía en el sistema constitucional (comentario a la STC 31/2010)» en *Teoría y Realidad Constitucional*, n º 27, 2010, pp. 501. La autora entiende —de forma excesiva— que supone la eliminación en la práctica del bloque de la constitucionalidad (p. 509)

7. Así lo resalta Víctor Ferreres: *op.cit.*, p. 26.

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

restringirse al vínculo específico de la Comunidad con el Estado, diríase que a las obligaciones que se imponen a ambas partes pero no a otras, sin ocupar desde luego el terreno del poder constituyente originario o derivado ni siquiera el del legislador estatal cuando ejerce sus competencias ni el de otros poderes estatutarios.[9]

2.1. ¿Los Estatutos son leyes orgánicas o Estatutos?

La STC 31/2010 (FFJJ 1 a 7) comienza sus razonamientos analizando la *naturaleza de los Estatutos*, el alcance de la reserva estatutaria (artículo 147 CE). Concluye de forma asertiva que la posición de los Estatutos en el sistema de fuentes es la característica de las leyes orgánicas, afirmación que devalúa sus funciones. La lacónica motivación que permite llegar a esa conclusión es la siguiente. Los Estatutos son normas subordinadas a la Constitución, y no expresión de un poder soberano, se integran en el ordenamiento bajo un tipo de ley estatal, la ley orgánica, forma jurídica a la que se reserva su aprobación y reforma (artículos 81.1 y 147.3 CE). De este razonamiento se deduce sin mayores argumentaciones que «su posición en el sistema de fuentes es, por tanto, la característica de las leyes orgánicas; esto es, la de normas legales que se relacionan con otras normas con arreglo a dos criterios de ordenación: el jerárquico y el competencial» (FJ 3). El primero ordena su relación con la Constitución, y el de competencia con las normas legales.

El Tribunal pone fin así en pocas líneas a un largo debate doctrinal desde principios de los ochenta sobre la naturaleza jurídica de los Estatutos donde se han usado diversas argumentaciones que dan una naturaleza muy específica a la fuente.[10] Los Estatutos —a mi entender y al de muchos— no son sólo

9. La STC 31/2010, FJ 13, se ocupa de la bilateralidad en el artículo 3.1 del Estatuto, como principio que informa junto a la multilateralidad las relaciones de la Generalidad con el Estado, y el Tribunal matiza que no supone una negociación entre partes en pie de igualdad y que ciertas cuestiones sólo pueden deducirse de la Constitución misma.

10. Respecto de la naturaleza de los Estatutos, y sin ánimo de exhaustividad, recordaré a Gumersindo Trujillo e Ignacio María de Lojendio quienes pronto destacaron su carácter paccionado. Francisco Rubio los calificó más tarde con realismo como normas constitucionales secundarias. Josep María Castellá y Luis López Guerra han hablado de una función constituyente que prolongaría la constitucional, tesis que corre el riesgo de desbordarse. Otros —los menos— como César Aguado se han mantenido en su consideración formal como leyes orgánicas. Un debate bien conocido por los expertos que carezco de espacio para reseñar debidamente. Puede verse Santiago Muñoz Machado: «Los Estatutos de Autonomía», Capítulo IV,

leyes orgánicas, son Estatutos. Una fuente muy específica e importante que no podemos clasificar como atípica treinta años después ni reconducir a otra calificándola de meras leyes orgánicas. Veamos varias razones, así la base de la decisión es mucho más amplia en los Estatutos elaborados conforme al artículo 151 CE que en las simples leyes orgánicas, porque son fruto de un acuerdo de voluntades entre tres sujetos: el Parlamento autonómico proponente, las Cortes Generales que la modifican y aprueban, y el cuerpo electoral que la ratifica en referéndum; tradicionalmente asociamos en la teoría del ordenamiento jurídico sujetos distintos a fuentes diversas. Un muy especial procedimiento de aprobación en el caso de estas Comunidades Autónomas donde es de subrayar la atípica capacidad de enmienda de las Cortes mediante motivos de desacuerdo, técnica que parece propiciar el compromiso; que procedimientos distintos desemboquen en una misma fuente como resultado final resulta sorprendente. Su integración en el bloque de la constitucionalidad (artículo 28.2 LOTC), cerrando los espacios abiertos en las normas constitucionales mediante un desarrollo auténtico en la medida en que sus exégesis se acomoden a las mismas; curiosa ley orgánica aquella que realiza un desarrollo de una norma constitucional, pues precisamente quedó prohibido en la citada STC 76/1983 hacer una interpretación general de la Constitución en las leyes. El principio de indisponibilidad de los Estatutos frente a todo tipo de leyes, incluidas las orgánicas, hace que sólo puedan ser modificados por el procedimiento de reforma estatutaria; sorprendente ley orgánica es aquella que no puede ser modificada por otras posterior en el tiempo. No he encontrado razonamientos en la sentencia sobre estos argumentos del clásico debate, ni acerca de otros, de manera que la decisión puede calificarse de apodíctica en cuanto incondicionalmente cierta o simplificadora de la complejidad del asunto. Ojalá sea acertada, pero la argumentación, por parca y adusta, no es suasoria y no creo permita cerrar en falso un debate doctrinal y político de décadas sobre el valor de los Estatutos como normas constitucionales secundarias.

Curiosamente, la previa STC 247/2007 subrayó, en cambio, la relevancia de los Estatutos como norma institucional básica y norma de cabecera de los ordenamientos autonómicos y caracterizó su naturaleza de forma más

---

Derecho Público de las Comunidades Autónomas, Tomo I, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2007, págs 309-396. El estudio más exhaustivo, César Aguado: *El Estatuto de Autonomía y su posición en el ordenamiento jurídico*, CEC, Madrid, 1996. Un planteamiento posterior, Josep María Castellà Andreu: *La función constitucional del Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Generalidad de Cataluña, Barcelona, 2004.

matizada. Se destacó la necesaria confluencia de diversas voluntades en un procedimiento complejo, su obligado respeto a la supremacía constitucional, su aprobación por las Cortes Generales, su acusada rigidez e integración en el bloque de la constitucionalidad. Es importante la afirmación que se hace de que la Constitución no especifica el alcance de las materias competenciales que enuncia y el reconocimiento de que cabe una función interpretativa de la Constitución por los poderes constituidos, los estatutarios entre ellos con el límite de no ocupar el lugar del poder constituyente. El legislador estatutario —se dice—, cuando asume y delimita competencias, debe hacer una interpretación constitucional sometida a la Constitución y puede cumplir esa función con amplitud en atención a que integra el bloque de la constitucionalidad. Mas sin quebrantar el artículo 149.1 CE y con una eficacia territorial limitada; unas limitaciones muy importantes. No sé si esto es exactamente lo mismo que se dice en la STC 31/2010, que hemos reseñado antes, no es fácil resolver si ambas sentencias albergan algunas dosis de contradicción o es sólo cuestión de acento.

2.2. La amplitud de la materia estatutaria, limitada por la imposibilidad de ocupar otras reservas constitucionales

La STC 31/2010 (FFJJ 4 y 5) asimismo reconoce que la Constitución no determina expresamente cuál sea el *contenido de los Estatutos*, cuestión que atañe directamente a las funciones que puedan cumplir. Únicamente prescribe un contenido mínimo y obligado en el artículo 147.2 CE. Pero permite que cuenten con otro contenido adicional y constitucionalmente posible, como ocurre expresamente con las lenguas y las banderas propias (artículos 3.2 y 4.2 CE), o, aún no estando expresamente señalado por la Constitución, que sea complemento adecuado por su conexión con las previsiones constitucionales. Por consiguiente, cabe un contenido estatutario constitucionalmente explícito junto a otro implícito e inherente a la condición del Estatuto como norma institucional básica (artículo 147.1 CE). Con este título pueden integrarse en los Estatutos previsiones muy dispares, siempre y cuando se dejen a salvo las reservas establecidas en la Constitución en favor de leyes específicas o para la disciplina de «*materia orgánica no estatutaria*». Dada la apertura del modelo territorial, —continúa el Tribunal—, son admisibles Estatutos dotados de un contenido material más amplio que el que resulta mínimo y necesario según el artículo 147.2 CE. Constitucionalmente, tiene igual cabida una concepción

restringida de los Estatutos, limitada al mínimo explícito, junto a otra más amplia. La mayor parte de estas afirmaciones de la STC 31/2010 estaban ya en la STC 247/2007.

Este pronunciamiento es muy importante, pues permite mantener el sistema de las reservas constitucionales a distintos tipos de leyes, admite la existencia de dos concepciones de los Estatutos igualmente adecuadas a nuestra Constitución abierta, y cierra el paso a buena parte de la filosofía del llamado «blindaje competencial». El Estatuto, pese a su acusada transversalidad, no puede ocupar el lugar de las reservas a otras leyes orgánicas ni realmente condicionarlas; si se quiere mantener la concepción de la Constitución como un sistema normativo desprovisto de contradicciones internas. Unas reservas no menos constitucionales que la estatutaria. Otra cosa es que pueda resultar disfuncional el alto nivel de asimetrías que entrañan ahora mismo Estatutos tan diferenciados.[11]

2.3. Pero los Estatutos cumplen funciones constitucionales

El Tribunal dice (STC 31/2010, FJ 4) que la primera consiste en la diversificación del ordenamiento mediante la creación de sistemas normativos autonómicos en los cuales los Estatutos son la norma institucional básica. La segunda consiste en ser garantía de indemnidad del sistema autonómico, junto a las normas dictadas para delimitar las competencias (artículo 28.1 LOTC), pero sólo por remisión de la Constitución misma; la inconstitucionalidad por infracción de un Estatuto es, en realidad, infracción de la Constitución. En tercer lugar, los Estatutos tienen una función de atribución de competencias a la Comunidad Autónoma, así como contribuyen a perfilar el ámbito del poder normativo estatal. Pero esto no hace al Estatuto una norma atributiva de competencias al Estado. Las competencias estatales son siempre de origen constitucional, directo e inmediato, a diferencia de las autonómicas que vienen determinadas en los Estatutos y son sólo indirectamente constitucionales. Ahora bien, se concluye: «no pocas de las competencias estatales vienen mediatamente determinadas por los Estatutos, si bien únicamente en el si y en el *quantum*». Afirmación que se aclara añadiendo: en lo primero,

11. *Cfr.* Javier García Roca, «El riesgo de la generalización de las asimetrías en las reformas estatutarias» en Luis Ortega (dir.), *La reforma del Estado autonómico*, CEPC, Madrid, 2005.

porque algunas competencias sólo serán del Estado en la medida en que no las hayan asumido las Comunidades Autónomas. En lo segundo, porque el alcance de la competencia estatal puede ser mínimo o superior, dependiendo de los términos en que se produzca la asunción estatutaria. Del mismo modo, más adelante se resolverá (STC 31/2010, FJ 57) que la definición de categorías competenciales «no puede tener otra sede que la Constitución formal ni más sentido que el prescrito por su intérprete supremo», no pueden coexistir dentro del Estado autonómico diversas maneras de ser competentes, aunque las competencias del Estado puedan variar en las Comunidades Autónomas. Los Estatutos, dada la indefinición del texto constitucional y la dispersión de los criterios constitucionales, pueden simplemente «relacionar sin definir, esto es sin otro ánimo que el descriptivo de una realidad normativa que les es en sí misma indisponible» (FJ 58), pero esta sistematización estatutaria puede ser modificada o revisada por el Tribunal Constitucional. Hasta aquí la sentencia.

De manera que, de cara al futuro, el Estatuto no puede comprenderse como una norma atributiva de competencias al Estado, únicamente las determina en el si y en el *quantum,* ni tampoco definitoria de categorías y criterios competenciales que se impongan al Tribunal Constitucional. Este entendimiento acerca de la tercera función constitucional de los Estatutos puede parecer restrictivo, y, sin duda, limita mucho su papel en el bloque de la constitucionalidad al menos respecto de la filosofía, muy ambiciosa y expansiva, que iluminó desde el principio la redacción de la propuesta de reforma del Estatuto. Pero creo sinceramente que la conclusión resulta obligada no tanto por la posición formal del Tribunal Constitucional, que él mismo se ocupa de preservar, sino por otra razón de fondo y de más peso: la lógica de la multilateralidad en una Constitución estructuralmente abierta a diversos entes territoriales conforme al principio dispositivo. Las competencias de los órganos centrales del Estado y la definición de las mismas no pueden determinarse bilateralmente —de forma potencialmente distinta— en los Estatutos de diecisiete Comunidades Autónomas; razonando por reducción al absurdo, qué ocurriría si los desarrollos estatutarios fueran manifiesta e insubsanablemente contradictorios.[12] ¿Cómo solventar esas antinomias? En otras palabras, un único Estatuto no puede condicionar a otros dieciséis imponiendo su inter-

12. *Vid.* entre otros, Javier García Roca, «El riesgo de la generalización de las asimetrías en las reformas estatutarias», *op. cit.*, p. 89 y p. 92 sobre las dificultades de modificar la Constitución en los Estatutos.

pretación de las normas constitucionales al resto y al propio Estado central. Por asimétrico que el modelo resulte ser, uno de los nuevos Estatutos, anterior en el tiempo, no puede imponerse con jerarquía a los posteriores como si fuera un parámetro de validez de los mismos ni tampoco podría derogar o modificar las disposiciones de otros viejos Estatutos, en virtud del principio de competencia, precisamente porque su función viene positiva y negativamente delimitada por una reserva constitucional diseñada con una lógica bilateral. El caso del Condado de Treviño (STC 99/1986, de 11 de julio) ya permitió razonar al Tribunal que el único parámetro para enjuiciar la validez constitucional de una disposición incluida en un Estatuto es la propia Constitución, y que los contenidos normativos que afecten a una Comunidad no pueden quedar fijados en el Estatuto de otra en virtud de la contingencia del momento de su aprobación; pese a la posición discrepante de un Voto particular y al debate que sostuvimos entonces. Me parece que es con esta lógica de pensamiento con la que deberíamos avanzar, vinculados como están todos los poderes públicos al intérprete supremo.

Sin embargo, obsérvese que el Tribunal Constitucional no pone en conexión en esta STC 31/2010 su anterior tajante calificación de los Estatutos como leyes orgánicas con estas funciones constitucionales que seguidamente reconoce ni parece extraer mayores consecuencias en su naturaleza, lo que me parece censurable. Los Estatutos son leyes orgánicas, pero cumplen funciones constitucionales. Concluyamos pues que son unas leyes orgánicas harto específicas… *ergo* son Estatutos, si no queremos concluir que el Tribunal se contradice entre el primer bloque de sus argumentaciones sobre la naturaleza de los Estatutos y este segundo.

2.4. La competencia de competencias corresponde a la Constitución y está sólo al alcance del intérprete supremo

Del mismo modo, (STC 31/2010, FJ 6) el Tribunal precisa que a una concepción maximalista de los Estatutos no puede dejar de oponerse un límite cuantitativo referido al grado de densidad normativa aceptable en un Estatuto. Y, sobre todo, límites cualitativos, derivados de la diferencia entre la Constitución y los Estatutos, entre *poder constituyente y poderes constituidos*, que afectan a las *categorías y conceptos constitucionales* y, entre ellos, la definición de la competencia de la competencia que, como acto de soberanía,

corresponde a la Constitución, es inaccesible a cualquier legislador y está sólo al alcance de la función interpretativa del Tribunal Constitucional (con invocación de la STC 76/1983).

Esta importante doctrina es en su mayor parte constitucionalmente adecuada. Es habitual en la teoría federal atribuir la «competencia de competencias», o competencia para modificar las competencias, al Estado ordenamiento en su conjunto y, en consecuencia, a un único poder constituyente originario y a su emanación que es el poder de reforma constitucional. No puede atribuirse esa función a un poder constituido como es el de aprobar o reformar un Estatuto. La materia estatutaria, con la ampliación del contenido voluntario más allá de la reserva del art. 147.2 CE, se ha aproximado mucho a la materia constitucional, —y probablemente de aquí emane la confusión de planos—, pero la supremacía formal de una constitución, obra del poder constituyente de todo el Estado no puede predicarse del poder de aprobar un Estatuto para una parte. Este pronunciamiento acaba de desactivar la filosofía del blindaje competencial: la Constitución de todos no se puede cambiar en un el Estatuto de una única Comunidad. Con las palabras de Jellinek —y Hsü Dau-Lin—, podríamos decir, que la mutación de la Constitución federal en la Constitución de los Estados es posible, pero no puede llegar tan lejos, y que no cabe comprender un Estatuto con la lógica del *fait acompli*, o de la ocupación del terreno.[13]

2.5. La lógica de la bilateralidad estatutaria y algunos casos de materias competenciales extraestatutarias

Tras la sentencia que nos ocupa, me parece que los Estatutos y sus reformas deben comprenderse desde una razonable limitación territorial de sus disposiciones normativas, y con la lógica de una cierta bilateralidad, ocuparse del vínculo específico de la Comunidad con el Estado y no de la competencia de competencias o del conjunto de las reglas constitucionales de distribución de competencias. Esta sería la lección principal de la sentencia sobre el Estatuto de Cataluña. Un sólo Estatuto no puede abrogar la jurisprudencia constitucional ni la interpretación que de las disposiciones

13. *Cfr.* Georg Jellinek, *Reforma y mutación de la Constitución*, CEC, Madrid, 1991, original de 1906; también Hsü Dau-Lin, *Mutaciones de la Constitución*, IVAP, Oñate, 1996, original de 1931.

estatutarias emana dentro del bloque de la constitucionalidad. No es razonable que la interpretación de las categorías y competencias difiera en unos territorios del Estado y en otros. Por eso el art. 1.1 de la LOTC establece que la jurisdicción constitucional se extiende a todo el territorio nacional, lo que debe entenderse como una garantía de una vigencia homogénea de su jurisprudencia.

Para ratificar este alcance bilateral de las funciones constitucionales de los Estatutos creo que tiene relevancia —permite visualizar el fenómeno— la controversia sobre la *unidad de gestión de las cuencas hidrográficas extracomunitarias* (artículo 149.1.22 CE) según las sentencias que declaran que los Estatutos de Andalucía y Castilla y León menoscaban gravemente la función integradora de la competencia estatal en materia de aguas. Así la STC 30/2011, de 16 de marzo, estima el recurso que interpuso la Junta de Extremadura y anula el artículo 51 del Estatuto que atribuía a Andalucía «competencias exclusivas sobre las aguas de la cuenca del Guadalquivir que transcurren por su territorio y no afectan a otra Comunidad Autónoma». Se argumenta que este artículo contradice el sentido que el legislador estatal y la jurisprudencia constitucional han atribuido al artículo 149.1.22 CE de acuerdo con la STC 227/1988, de 29 de noviembre, en la que el Tribunal Constitucional se pronunció sobre el principio de unidad de gestión de cuenca hidrográfica como criterio de delimitación territorial. De entre las diversas interpretaciones posibles, el Tribunal Constitucional respalda la exclusión de aquellas opciones que supongan una compartimentación del régimen jurídico y la administración de las aguas de cada curso fluvial y sus afluentes en atención a los confines geográficos de cada Comunidad Autónoma. Uno de los argumentos que se utiliza guarda relación con la aptitud formal de los Estatutos para concretar las competencias estatales. El Tribunal Constitucional afirma, citando la STC 247/2007, que las normas estatutarias sólo pueden delimitar el alcance de las competencias del Estado cuando la precisión de las competencias estatales se haga para favorecer la mayor concreción de las competencias autonómicas y siempre que no se impida el despliegue completo de las funciones propias del Estado. Y considera que existe una identidad sustancial entre este caso y el artículo 75.1 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, que asimismo se declara inconstitucional en la STC 32/2011, de 17 de marzo, extendiendo la misma doctrina a la regulación que hace el Estatuto de Castilla y León de las competencias sobre el Duero. Por último, cierta analogía existe también con la jurisprudencia emanada en la propia STC 31/2010 (FJ 65) cuando se dice que

el informe de la Generalidad sobre la modificación de los recursos hídricos de su ámbito territorial, en casos de trasvases de cuencas extraterritoriales, puede ser preceptivo como dice el art. 117.4 del Estatuto, un mecanismo de colaboración, pero no vinculante ni permite desplazar las competencias estatales. Una doctrina a la que reenvían la STC 48/2010, de 9 de septiembre, sobre la impugnación del Estatuto de Cataluña por la Comunidad Valenciana y la STC 49/2010, de 29 de septiembre, sobre la análoga impugnación por la Región de Murcia.

A la misma conclusión creo se llega desde el conflicto sobre los *fondos del Archivo de la Corona de Aragón* (STC 31/2010, FJ 74, que se reitera en las SSTC 46 y 47/2010, de 8 de septiembre) donde se salva la constitucionalidad de una disposición adicional del Estatuto de Cataluña mediante una sentencia interpretativa que considera que no desapodera al Estado de la titularidad y libre disposición de esos archivos ex artículo 149.1.28 CE ni altera su régimen unitario.

2.6. Las leyes estatales interpuestas en el bloque de la constitucionalidad

Por otro lado, ya en la STC 76/1983, el caso de la LOAPA, se interpretó que si bien los Estatutos de Autonomía son las normas llamadas a fijar la delimitación y asunción de las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, esto no significa que toda ley estatal que pretenda delimitar competencias sea inconstitucional por ejercer una función reservada al Estatuto. La reserva que la Constitución hace al Estatuto no es total o absoluta sino relativa. Las leyes estatales pueden cumplir una *función atributiva de competencias* (las previstas en el artículo 150.2 CED) o *delimitadora de su contenido* como sucede cuando la Constitución remite a una ley del Estado para precisar el alcance de las competencias de las Comunidades Autónomas. El legislador estatal no puede incidir con carácter general en el sistema de distribución de competencias, dictando normas meramente interpretativas, pero sí puede hacerlo de manera concreta y específica si existe una previsión constitucional o estatutaria (la doctrina se reprodujo, entre otras, en la STC 29/1986, de 20 de febrero). Bien es verdad que la STC 76/1983 admitió que los Estatutos pueden ser desiguales en la «determinación» del complejo competencial.

Del mismo modo, también en materia de competencias financieras, diversas sentencias constitucionales habían recordado que la *Ley Orgánica de Financiación,* que el artículo 157.3 CE habilita a fin de alcanzar un mínimo grado de homogeneidad en el sistema de financiación autonómico, no podía quedar al albur de lo que se decidiese en cada uno de los Estatutos (STC 68/1996, de 18 de abril, que invoca varias previas). Igualmente, la STC 31/2010 preserva la reserva constitucional (artículo 157.3 CE) a la LOFCA al pronunciarse sobre la previsión estatutaria sobre la Comisión Mixta de Asuntos Económicos y Fiscales (FJ 135)

Debería entonces concluirse a la vista de estos ejemplos —y de otros muchos— lo que ya sabíamos hace años y parecía haberse olvidado, que la Constitución está abierta a un bloque de la constitucionalidad que integran los Estatutos, pero también las leyes interpuestas ex artículo 28.2 de la LOTC. El modelo constitucional no es bueno, no es estable ni garantista para la Comunidades Autónomas según denunciaba con tino la filosofía de la reforma del Estatuto de Cataluña que en este punto puede ser compartida. Pero es el modelo que tenemos mientras no se reforme la Constitución. La modificación de lo que el artículo 28.2 de la LOTC explicita con pedagogía constitucional no queda en manos de los Estatutos, pues trasciende lo que hemos llamado su función bilateral.

2.7. Conflictos estatutarios pendientes con el legislador

La STC 31/2010 no hace sino consolidar esa jurisprudencia y trata de preservar las funciones de diversos tipos de leyes estatales, frente a la muy acusada transversalidad del Estatuto. Así son frecuentes las afirmaciones que establecen que las previsiones estatutarias no vinculan o condicionan al legislador estatal.[14] Pero ciertamente el Tribunal se echa sobre sus espaldas la pesada labor de solventar caso a caso las posibles colisiones normativas de las leyes estatales con

14. Tomás de la Quadra-Salcedo advierte que la STC 31/2010 sienta un criterio para resolver futuros conflictos competenciales: una disposición estatutaria puede no ser inconstitucional e inválida, pero su eficacia depende de lo que diga la norma estatal competente, «El Estatuto de Cataluña y el Estado Autonómico tras las sentencias del Tribunal Constitucional» en *Revista de Administración Pública*, nº 184, 2011, p. 59 y ss. También Eva Nieto subraya que ya la STC 247/2007 introdujo la distinción entre validez y eficacia de las normas estatutarias, lo que hasta entonces sólo se había hecho con las leyes estatales, «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*, nº 25, 2010.

el Estatuto de Cataluña y son numerosas, quizás más que nunca. Recordemos algunas situaciones dónde se producen esos reenvíos y el Tribunal se reserva su función decisoria sin efectuar un pronunciamiento preventivo, negándose a resolver prematuramente un conflicto virtual de acuerdo con una consolidada jurisprudencia. Determinar el alcance de la consideración de la Generalidad como Administración única no sólo de acuerdo con el Estatuto sino con lo que dispongan las leyes del Estado (FJ 30). Se considera preventivo el recurso contra el Consejo Audiovisual de Cataluña hasta que no se desarrollen las previsiones estatutarias (FJ 35). Se afirma que las previsiones estatutarias vinculan al legislador autonómico de régimen local, pero no pueden desplazar al legislador básico estatal (FFJJ 36-37), una motivación que fortalece la función de la ley de Gobierno y Administración Local que en su día se apruebe o de la actual ley de bases, pero que puede producir colisiones con el Estatuto. Queda abierta la controversia sobre las Veguerías según la interpretación, de entre las constitucionalmente posibles, que se siga al desarrollar el Estatuto el legislador autonómico (FJ 39). Prácticamente todas las relaciones entre las disposiciones estatutarias y la Ley Orgánica del Poder Judicial, objeto de una reserva constitucional, se reenvían a una hipotética modificación de la misma (FFJJ 42 y ss): las competencias del Tribunal Superior de Justicia, el capitidisminuido Consejo de Justicia que se declara inconstitucional como órgano de desconcentración del Consejo General, el uso del catalán en los concursos a jueces, el alcance de la potestad reglamentaria de la Generalidad sobre el personal al servicio de la Administración de justicia. La revisión —este sí un eterno retorno— de la caracterización formal de las bases estatales y de sus contenidos posibles de nuevo caso a caso (FJ 60). La participación de la Generalidad en la determinación de las subvenciones no territorializables en los términos que fijen las leyes del Estado (FJ.62). Los puntos de conexión de las competencias territoriales que pueden ser fijados en las leyes del Estado además de en los Estatutos (FJ 63). El alcance de la participación de la Generalidad en el ejercicio de potestades del Estado (cuencas hidrográficas, denominaciones de origen...) en los términos que pueda configurar el legislador estatal (FFJJ 65, 75, 107). Especialmente, la revisión del prolijo y demasiado largo enunciado estatutario de submaterias queda a la espera de futuros ejercicios competenciales y se pospone el juicio de constitucionalidad. Y un largo etcétera.

La serie de controversias competenciales que las disposiciones del Estatuto de Cataluña en su hipotética colisión con las leyes produzcan no ha comenzado apenas a resolverse.

Si nada menos que la solución de todos estos conflictos, inherentes a una Constitución abierta a los operadores jurídicos, queda en manos del Tribunal Constitucional es mejor que nos preguntemos cuál es su posición constitucional en la división de poderes. Antes de interrogarnos después si esa es una tarea que podrá asumir razonablemente o, por el contrario, como a primera vista parece es una carga desproporcionada y extravagante para cualquier jurisdicción. Recordemos que los expertos han venido señalado de forma coincidente que el Estado autonómico, por su apertura normativa,[15] es en exceso un Estado de construcción jurisprudencial, lo que entraña un serio problema de legitimidad democrática y seguridad jurídica, que la forma territorial del Estado está prácticamente desconstitucionalizada y ello induce al desbordamiento en sus labores de los poderes constituidos, y que tenemos una «Constitución accidental», el resultado final de un proceso no programado *ab initio* en el que intervienen muchas manos y donde la doctrina constitucional es prácticamente un elemento constituyente del Estado.[16] Tras la STC 31/2010, tenemos ahora más de lo mismo.

3. La labor del intérprete supremo de la Constitución: no existe un sustituto del poder constituyente

Quizás la mejor descripción de la importante función del Tribunal Constitucional, y también de sus limitaciones, se encuentra en la propia jurisprudencia y precisamente en su primera sentencia lo que —estimo— no puede ser casual sino probablemente fruto de una reflexión originaria que también podría haberse olvidado:

> «... 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*

15. Gustavo Zagrebelsky, *Il giudice della leggi artífice del diritto*, Editoriale Scientifica, 2007, p. 17, afirma —siguiendo a Hart— que la raíz de la discrecionalidad del juez estaría en «raggione comunicative connese alla naturale *open texture* del linguaggio, in generale, e del linguaggio giuridico in particolare».

16. Pedro Cruz Villalón, «La Constitución accidental» en VVAA: *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Prof. Rubio Llorente*, CEPC, Madrid, 2003, volumen II, p. 1173

Constitución de todos los poderes públicos» (STC 1/1981, de 26 de febrero, la cursiva es mía).

De esta motivación pueden deducirse algunos argumentos. La labor del intérprete supremo consiste en «definir» las normas constitucionales y aquellas que integran el bloque de la constitucionalidad,[17] es decir, los Estatutos de Autonomía y las leyes interpuestas, bien «aclarando» el sentido de los preceptos, allí donde esté explícito o resulte inmanente, o bien «construyendo» esas normas sobre el vehículo formal de las disposiciones escritas mediante su puesta en conexión con otras de distinto rango a través del manejo de los criterios y principios habituales de una interpretación constitucional; manteniendo el respeto a los precedentes y la continuidad de la jurisprudencia como valores.

Hoy es comúnmente admitido por la doctrina que la jurisprudencia constitucional es fuente del Derecho[18] y que la interpretación constitucional se caracteriza por la construcción de normas que se adhieren a las constitucionales. El problema no es pues si un Tribunal Constitucional crea Derecho sino cómo lo hace: los procedimientos, límites, formas, principios y criterios con que esa creación se produce. Mas el Tribunal Constitucional no es el señor de la Constitución, ese es el dominio del poder constituyente originario o derivado. Por eso el Tribunal ha podido afirmar que le incumbe preservar la distinción entre el poder constituyente y los poderes constituidos, que no opera sólo en el momento de establecerse una Constitución, sino que fundamenta permanentemente el orden jurídico estatal y supone un límite al poder del legislador (STC 76/1983, FJ 4º). También, como ahora resulta meridiano, al poder de aprobar un Estatuto.

Uno de los rasgos del intérprete supremo[19] es la intensa «*vinculación*» a las sentencias constitucionales para todos los poderes públicos. Una fuerte eficacia que sobrepasa la tradicional «cosa juzgada» (*res iudicata*) típica del

17. Así se reconoce en la STC 156/1995, de 26 de octubre, FJ 3º.

18. Gustavo Zagrebelsky, *op.cit.*, recuerda que el carácter creativo de la jurisprudencia depende de la estructura de las normas: «strutura del diritto e discrezionalità del giudice si tengono l'una con l'altra», p. 17.

19. Sobre el sentido y alcance del intérprete supremo de la Constitución puede leerse con provecho a Manuel Medina, «Artículo 1» en VVAA: *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Juan Luis Requejo (coord.), BOE, Madrid, 2001, pp. 74-81.

orden jurisdiccional civil que demanda la triple identidad de los sujetos, del objeto y de la causa de pedir para otorgar fuerza al Derecho que deriva del proceso; esta identidad no se demanda a la hora de dilucidar el alcance del efecto vinculación. También va más allá de la más moderna idea de «cosa interpretada» (*chose interpretée*) que emana de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, consecuencia de las obligaciones derivadas de convenios internacionales. Esta poderosa eficacia vinculante no tiene parangón y es una característica definitoria de las sentencias constitucionales, las identifica y diferencia de las resoluciones de otros tribunales dada la fuerte intensidad de sus efectos. Sentada la exégesis de una norma constitucional, se impone a todos los poderes públicos —jueces, legisladores y administraciones— con una eficacia abstracta, *erga omnes* y general con independencia de quienes fueran las partes en el proceso, y de la concreta disposición impugnada u objeto inmediato del proceso. Esta vinculación en España se proyecta no sólo sobre el fallo sino sobre toda la doctrina que lleva al mismo y en todo tipo de procesos constitucionales y es más intensa que en otros ordenamientos de nuestro entorno. Se advierte bien en las controversias competenciales a través de conflictos positivos o de recursos de inconstitucionalidad —los llamados «conflictos de competencia legislativa»— pues, una vez declarada la titularidad de la competencia controvertida, la eficacia de la declaración trasciende a las partes y a las concretas disposiciones impugnadas, adquiriendo una dimensión general que incluso permite declarar la desaparición sobrevenida del objeto de otros conflictos con la misma razón de decidir.[20]

Sorprende pues que esta categoría habitual en Derecho Procesal Constitucional y recogida en la LOTC (artículos 38.1 y 40.2), no haya resultado manifiesta en la controversia constitucional producida con el Estatuto de Cataluña donde preceptos análogos no fueron recurridos en otros Estatutos, el de Andalucía especialmente. La doctrina de la STC 31/2010 vincula con efectos generales a todos los poderes públicos, en cualesquiera Estatutos, con independencia de que fueran o no recurridos, no cabría trasplantar una improcedente doctrina del consentimiento de los actos no impugnados. De ahí la incoherencia lógica de los actores que, ante una análoga razón de decidir, por la similitud de las disposiciones estatutarias, impugnaron un Estatuto y no otro,

20. *Cfr.* Javier García Roca, «Una teoría de la Sentencia en el conflicto constitucional de competencia entre entes territoriales» en *Actas de las III Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, CEC, Madrid, 1998, pp. 11-91.

pese a estar la legitimación activa en los procesos de control normativo al servicio del interés general en depurar el ordenamiento jurídico de leyes inconstitucionales y no al servicio de intereses particulares según reiterada jurisprudencia constitucional.

Ya me he ocupado de la posición del Tribunal Constitucional desde un planteamiento más general que me veo obligado a sintetizar para profundizar en algunas argumentaciones.[21] Podemos interrogarnos si es un «poder constituyente por defecto», o «un comisionado del poder constituyente», o un «legislador negativo», o «un poder constituyente prorrogado». Unas caracterizaciones que no utilizan ni la Constitución ni la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y que, en consecuencia, no forman parte de las normas de nuestra concreta Constitución positivada o realizada.[22] Pero que han sido usadas por especialistas y medios de comunicación. Me temo que sin suficiente precisión. La posición constitucional adecuada a nuestra división constitucional de poderes no es otra que la del «intérprete supremo de la Constitución» según afirma el artículo 1.1 de la LOTC y la misma jurisprudencia. De esta caracterización pueden extraerse importantes limitaciones que coadyuvan algo a impedir que el Tribunal se desborde en el ejercicio de sus funciones, invadiendo a otros poderes: el de reforma constitucional y el de aprobación y reforma de un Estatuto.

Del pensamiento de Eisenmann puede deducirse que se trata de un «poder constituyente por defecto».[23] Asimismo, García de Enterría lo caracterizó como un «comisionado del poder constituyente» para la defensa de la Constitución,[24] una explicación que tuvo inicialmente éxito. A mi entender, ambas caracterizaciones, pese a los matices propios de juristas clásicos, entra-

---

21. Javier García Roca, «La experiencia de veinticinco años de jurisdicción constitucional en España» en VVAA: *La reforma del Tribunal Constitucional*, Pablo Pérez Tremps (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 17-120. Editado luego como libro por Porrúa, México, 2009, con un prefacio sobre los complicados años posteriores.

22. *Cfr.* Konrad Hesse, *op.cit.*, epígrafe «Concepto y cualidad de la Constitución».

23. Charles Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, Economica-Presses Universitaires d´Aix-Marseille, 1986, original de 1928. El sentido de esta jurisdicción es garantizar la repartición de competencias entre la legislación ordinaria y la constitucional, asegurar el respeto de la competencia al órgano supremo del orden estático (p. 20) y la jerarquía entre dos grados de reglas (p. 22).

24. Eduardo García de Enterría, «La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas» en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 1, 1981, pp. 97 y ss.

ñan una hipérbole, ya que ni siquiera con carácter subsidiario y por defecto u omisión ni menos aún por delegación o renuncia puede admitirse que un tribunal se ubique en el lugar del todo poderoso poder constituyente, desprovisto de límites internos y estructurales en su creación de normas. Sólo el Derecho Internacional, en particular, el Convencional, y los valores que integran la cultura del constitucionalismo condicionan su ejercicio, cuando menos si la cosa quiere llamarse Constitución e invocar la legitimidad histórica y democrática del constitucionalismo. El órgano jurisdiccional que actuara de ese modo estaría incurriendo en un manifiesto exceso de jurisdicción e invadiendo a otros poderes. El Tribunal Constitucional no puede ocupar el lugar del poder constituyente, un poder extraordinario que actúa de forma abstracta, porque es un poder ordinario que interviene de forma continuada sobre concretas pretensiones y conforme a un principio de congruencia, al igual que cualquier jurisdicción. La forma y las técnicas con las que ambos poderes crean normas son muy distintas: interpretar las normas, no es aprobar una Constitución ni reformarla. El Tribunal Constitucional es un poder constituido que deriva su existencia y competencias del poder constituyente y viene limitado en sus juicios por su obra, que actúa como parámetro del enjuiciamiento, incluidos sus silencios y deficiencias, que son muchas en el Título VIII de la Constitución. El poder constituyente es, en cambio, ilimitado y esencialmente político (*res facti non iuris)* y entraña un ejercicio directo de la soberanía popular lo que le otorga una fuerte legitimidad democrática para adoptar decisiones políticas, creando normas dotadas de supremacía constitucional. Nada de esto acontece con una función jurisdiccional que dicta decisiones jurídicas vinculadas a su predeterminación normativa en un parámetro y, sólo en la medida en que sus decisiones efectivamente estén de algún modo predeterminadas y vengan fundadas y motivadas en Derecho, se ejerce de forma imparcial e independiente; es manifiesto que el control normativo de constitucionalidad posee relevantes especificidades, pero no entraña una creación libre del Derecho.

La función de control propia de un Tribunal Constitucional no es la de elaborar una Constitución ni su reforma, tampoco en una Constitución abierta como la nuestra, por más que la pasividad del poder de reforma constitucional durante treinta años haya arrojado una carga excesiva sobre sus espaldas y el propio Tribunal se la haya incrementado ahora. No puede el Tribunal decidir en lugar del poder constituyente, sustituyéndolo, ni menos aún en su contra, modificando aquellas opciones constitucionales que parezcan técnicamente incorrectas o no idóneas, ni siquiera debería, por deferencia, ocupar sus

silencios en aquellos espacios constitucionales vacíos, pero claramente propios del poder de reformar una Constitución, porque, al actuar de ese modo, dejaría de ser un tribunal.

Acaso estos matices puedan parecer ilusorios, puesto que es notorio que las Constituciones se transforman por diversos medios, singularmente, por su reforma o a través de la interpretación constitucional, y ambos métodos actúan en unos terrenos de complejo deslinde. Vivimos en una Constitución, pero ésta es cada vez más lo que los jueces dicen que es. Mas tal labor de exégesis debe poseer límites. No es casual que ni la Constitución ni la Ley Orgánica prevean en nuestro modelo la posibilidad del control material de constitucionalidad de la reforma, más allá de la regularidad del procedimiento; una cuestión muy debatida en Derecho comparado. Ni es fortuito que el Tribunal esté sometido, además de a la Constitución y a sus reformas, también a su Ley Orgánica (art. 1.1 de la LOTC), pudiendo ambas hacer una derogación de sus competencias o una abrogación de su doctrina jurisprudencial *(overruling.)*.[25] Curioso y capitidisminuido poder constituyente sería aquél sometido a una ley orgánica y cuyas decisiones pueden ser abrogadas por otro poder. Por lo demás, cualesquiera delegaciones o prórrogas en Derecho deben ser expresas, nunca tácitas o implícitas, y con más razón cuando afectan a la estabilidad de las normas constitucionales; nuestra Constitución no otorga delegación alguna al Tribunal Constitucional para reformar la Constitución ni para prorrogarse en una sede en la que nunca estuvo ubicado.

Sin embargo, es patente que la técnica de las sentencias interpretativas de rechazo, profusamente usada en la STC 31/2010 —e incluso impulsada por las propias Cortes Generales que reformaron la propuesta de Estatuto añadiendo al texto elásticas cláusulas de reenvío al modo de invitaciones a una sentencia interpretativa— permiten hace hacer decir al Estatuto lo que inicialmente no decía con evidente fuerza manipuladora de las normas. Y aquí comienzan los problemas.

---

25. **Rara vez hace abrogaciones expresas de su jurisprudencia el Tribunal Constitucional, véase** Francisco Fernández Segado, «Les revirements de la jurisprudence constitutionelle en Espagne» en *Les cahiers du Conseil Constitutionnel*, nº 20, 2006, pp. 125-151. Pero este juicio, formalmente correcto, no es realista, pues existen abrogaciones tácitas y contradicciones jurisprudenciales y es muy complicado alcanzar una unanimidad doctrinal sobre cuando esas contradicciones se producen. Como he dicho, no es sencillo hacer una lectura sistemática de la STC 31/2010 y la previa STC 247/2007.

Conforme al art. 1.1 de la LOTC, el Tribunal es el «intérprete supremo de la Constitución» y con esa condición puede aclarar el sentido de sus preceptos, e integrarlos allí donde no sea explícito sino inmanente, haciendo que aflore, e incluso interpretarlos de forma constructiva.[26] Pero la interpretación constitucional debe normalmente consistir en hacer explícitas las normas constitucionales con criterios de justicia y razón antes que en edificar un Derecho nuevo;[27] participa así en el establecimiento de reglas superiores[28] y en las fuentes de creación del Derecho,[29] formando verdaderas normas, reglas o principios, que se adhieren a las de rango constitucional. Ésta es una actividad sofisticada, puesto que las normas constitucionales recogen y definen conceptos jurídicos generales, dotados de un alto grado de abstracción, cuya exégesis suele reclamar una declaración general de principios, superando la mera decisión del caso concreto; y, además, porque los conflictos jurídicos que enjuicia la jurisdicción constitucional se adentran en el dominio de las tensiones políticas.[30] La situación se ha reiterado especialmente en relación con la definición de las bases ex artículo 149.1 CE, donde ha podido decirse que, por amplia que sea la libertad de configuración normativa del legislador, en ningún caso su decisión vincula al Tribunal Constitucional quien «monopoliza la última interpretación vinculante, esto es, la interpretación auténtica de la Constitución», y posee capacidad para imponer al conjunto de los poderes públicos el sentido de las normas constitucionales y de las que integran el bloque de la constitucionalidad.[31]

Es también muy conocida la caracterización de Kelsen del Tribunal Constitucional como «legislador negativo».[32] Pero no me parece pueda ser aceptada res-

---

26. *Cfr.* Ernest Wolfgang Böckenförde, *State, society and liberty. Studies in political theory and Constitutional Law,* Berg, Nueva York-Oxford, 1991, hay traducción al castellano.

27. **Gerhard Leibholz, «El Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana y el problema de la apreciación judicial de la política»** en *Revista de Estudios Políticos*, nº 146, 1966, p. 89.

28. *Ídem*, p. 90-91.

29. **Entre nosotros, Francisco Rubio, «La jurisdicción constitucional como forma de creación del** Derecho» en *La forma del poder*, CEC, Madrid, 1993, pp. 495-536, también allí mismo «Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa», p. 573-580

30. **Entre otros muchos, Gerhard Leibholz,** *op.cit.*, p. 90-91.

31. **Manuel Medina,** *op.cit.*, p. 79.

32. **Hans Kelsen, «La garantie jurisdictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle)»,** en *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, 1928, p. 197 y ss., p. 224. Revisa esta tesis Eliseo AJA: Prólogo a VVAA: *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Ariel, Barcelona, 1998, epígrafe «La teoría de Kelsen sobre el Tribunal Constitucional como legislador negativo», p. XVII y ss.

pecto del modelo español.[33] Le preocupaba inicialmente al clásico ubicar el nuevo poder dentro de la clásica triada horizontal de poderes, y trataba de superar dos objeciones habituales entonces a la jurisdicción constitucional, la soberanía del Parlamento y la separación de poderes. Por eso afirmará que el órgano al que se confiere el poder de anular las leyes no ejerce verdaderamente una función jurisdiccional, ya que esta labor es semejante a fijar una norma general y tiene el mismo carácter que su confección. De ahí concluiría que es un órgano del poder legislativo. Y, sólo más tarde diría, que la decisión de un Tribunal Constitucional de anular una ley tiene el mismo carácter que «una ley de derogación u otra ley», es decir, «un acto negativo de legislación», y es una función legislativa, lo que justifica que sus miembros sean elegidos por el Parlamento.[34] Me parece que Kelsen estaba más preocupado por la perspectiva orgánica, hallar una ubicación del nuevo órgano que no violara la división de poderes, que por la naturaleza de sus funciones y que su planteamiento ha devenido viejo.

Recordaré que en todo caso no existe un concepto universal de jurisdicción constitucional. En nuestro ordenamiento, el Tribunal Constitucional no se integra en el Poder Judicial ni forma parte ni orgánica ni funcionalmente de las Cortes Generales al modo de una tercera Cámara. Es un tribunal, titular único de una jurisdicción independiente. La moderna organización constitucional ya no se articula desde la vieja concepción tripartita de poderes y funciones[35] según podía pensarse en los años veinte. La posición del Tribunal Constitucional se solventa acudiendo a la categoría de «órgano constitucional», una institución ubicada al margen de los tres poderes clásicos, como argumentaron en su día de forma clásica primero Sandulli en Italia y luego García Pelayo en España. Una categoría que asume la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Las funciones de nuestra jurisdicción constitucional distan además de ser estrictamente negativas, van más allá asumiendo un papel positivo. Según se

33. Comparte el rechazo de esta tesis del legislador negativo Víctor Ferreres: *op.cit.*, p. 35, con argumentos complementarios de los que llevo años usando.

34. *Cfr.* Hans Kelsen, « Le contrôle de constitutionnalitè des lois. Une étude comparative des Constitutions autrichienne et américaine » en *Revue Francaise de Droit Constitutionnel*, 1990, I, p. 20. El original de 1942.

35. *Cfr.,* entre otros, 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 Méjico - UCM, tomo II, 2001, pp. 1087 y ss.

hace evidente en las «sentencias interpretativas» o «atípicas» mediante diversas técnicas[36] que precisan o corrigen [37]la exégesis de normas, frente a aquéllas en las que simplemente se declara la nulidad y que sí tienen una evidente dimensión negativa por prevalencia. No obstante, los efectos generales y de vinculación del legislador a la doctrina jurisprudencial, que también existen en las sentencias estimatorias o de declaración de inconstitucionalidad (art. 38.1 de la LOTC), hacen que incluso éstas tampoco puedan tener pleno acomodo en esa caracterización. Si el Tribunal fuera simétrico en su posición, una especie de reverso o negativo del legislador, difícilmente podría predicarse la vinculación a su doctrina. Alguna nota material y formal de superioridad institucional frente al legislador debería probablemente deducirse precisamente de estos efectos de vinculación a sus sentencias como es común en Derecho Público a cualquier órgano que puede dictarle instrucciones a otro según nos enseñó Orlando.

Parece, por consiguiente, poseer el Tribunal Constitucional una posición como órgano constitucional al que incumbe como función principal y definitoria la interpretación de la Constitución con carácter supremo. No es, por tanto, un poder constituyente ni por defecto ni por comisión ni por delegación ni por sustitución de las omisiones del titular ni menos aún un legislador negativo o positivo. Una situación que le diferencia del soberano poder constituyente, así como también del constituido poder legislativo,[38] tanto ordinario como estatutario, pues estando el Tribunal sometido al primero sólo lo está

---

36. Muy analizadas por la doctrina italiana que ha construido una amplia tipología. Entre nosotros, Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid, 2001, quien analiza especialmente las sentencias aditivas; y Ángel Garrorena, «Opacidad y desestimación de la inconstitucionalidad en el fallo de las sentencias interpretativas» en VVAA: *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Prof. F. Rubio Llorente,* Madrid, 2003, tomo II, p. 1843 y ss.

37. Víctor Ferreres, *op.cit.*, p. 35 ss, sugiere que el Tribunal Constitucional en las sentencias interpretativas primero reconozca que la ley, leída de modo honesto y a la luz del debate parlamentario, era inconstitucional y reconozca que los recurrentes tenían razón al denunciarlo, y luego formule el remedio ante la norma defectuosa transformándola o corrigiéndola en la dirección correcta. La tesis parece lógica, pero a mi entender suscita muchos problemas específicos de técnica jurídica y derecho procesal constitucional, pues el objeto de control de constitucionalidad no es la norma sino la disposición escrita —según reiterada jurisprudencia— y menos aún la *voluntas legislatoris* en vez de la *voluntas legis*. El rigor en la construcción de las sentencias interpretativas y su perfeccionamiento técnico deben venir por otras vías.

38. Puede verse Javier Pérez Royo, *Tribunal Constitucional y división de poderes*, Tecnos, Madrid, 1988, epígrafe «Poder constituyente —legislador—Tribunal Constitucional», p. 64 y ss. Es interesante Enzo Cheli, *Il giudice delle leggi. La Corte Costituzionale nella dinamica dei potteri*, Il Mulino, Bolonia, 1996.

al segundo cuando desarrolla la reserva constitucional ex art. 165 de su Ley Orgánica y puede dictar doctrina vinculante para las Cortes Generales y las Asambleas de las Comunidades Autónomas, también cuando cooperan en la redacción de un Estatuto o su reforma.

Esta función de intérprete supremo de la Constitución tiene una dimensión más moderna y jurídica que la idea de «defensa de la Constitución», entendida, desde la polémica clásica entre Kelsen y Schmitt, en clave reactiva y política, y centrada en la controversia entre «legalidad» y «legitimidad».[39] Pues no se contenta con preservar de manera defensiva una institución, unos contenidos infranqueables, sino que suministra criterios y principios interpretativos para la promoción de los bienes constitucionalmente protegidos,[40] el desarrollo de las fuentes del Derecho y los derechos fundamentales, y el ejercicio de las competencias por los entes territoriales. La afirmación puede constatarse con numerosos ejemplos en la STC 31/2010.

Debe, en consecuencia, reconocerse que el Tribunal Constitucional no es un «órgano judicial» pero sí un «órgano jurisdiccional», la obra paciente de un juez que construye y mantiene reglas y principios mediante las herramientas de la interpretación constitucional, así como también un «órgano constitucional» ubicado en el flujo de una concreta división de poderes y de una dirección política de Estado. Y de esta doble naturaleza emanan las tensiones. Así la misma existencia de una jurisdicción constitucional presupone la homogeneidad de una comunidad, para que el Tribunal no llegue demasiado tarde a los problemas o lo haga desubicado precisamente a causa de su naturaleza jurisdiccional.[41] Cuando esa homogeneidad desaparece, como ha ocurrido en la

39. Debe verse Nicoló Zanon, «La polémique entre Hans Kelsen et Carl Schmitt sur la justice constitutionnelle» en *Annuaire Internacional de Justice Constitutionnelle*, Vol. V, 1989, pp. 177-189, quien subraya las vertientes políticas de la polémica y niega que hubiera un verdadero debate, pues sus concepciones no tenían nada en común. En cambio, alude p.ej. todavía constantemente al «órgano encargado de defender la Constitución» o al «guardián de la Constitución», sin percibir lo limitado de esta caracterización tradicional y negativa, como otros muchos, Tomás de la Quadra-Salcedo: *op.cit.*, p. 45, p. 48, p. 54 quien, sin embargo, percibe adecuadamente como pronunciamiento central que el Tribunal preserva en la STC 31/2010 su poder de interpretar la Constitución frente al Estatuto.

40. *Vid.* Luis López Guerra, *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, epígrafe «Defensa e interpretación de la Constitución», pp. 15 y ss.

41. Nicoló Zanon, *op. cit.*, p. 179.

controversia del Estatuto de Cataluña, las cosas devienen demasiado difíciles para cualquier intérprete imparcial. Toda jurisdicción constitucional reclama cierta normalidad constitucional: nadie alcanza a ser Salomón en Weimar...

¿Qué límites debe poseer esa función jurisdiccional del intérprete supremo de la Constitución? Aquí continúan los problemas en cualquier teorización. Primero, porque es manifiesto que no tenemos una teoría suficiente de la interpretación constitucional; y es más débil aún en las controversias competenciales entre entes territoriales que en la garantía de los derechos[42] donde el principio de proporcionalidad ha alcanzado ya cierta formalización ante el Tribunal de Justicia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y diversos tribunales constitucionales. En cambio, los principios de subsidiariedad y proporcionalidad están casi perezosamente olvidados en sus sentencias sobre conflictos por el Tribunal Constitucional español. Este déficit creo que es el problema principal del cual la doctrina científica debería ocuparse para hacer más predecibles en el futuro unas decisiones que son fruto de una intensa discreción judicial; es nuestra carga proveer al Tribunal de mejores herramientas exegéticas.

Segundo, porque predicar el *self-restraint,* la autocontención del Tribunal Constitucional, la actuación moderada y prudente de un órgano apenas sometido a los contrapesos de otros poderes, es un testimonio de la pobreza del sistema. Nadie se contiene bien a sí mismo. Puede pensarse que el Tribunal no posee una capacidad de control genérica e ilimitada —como ha dicho

42. **No estoy seguro de de las afirmaciones de Víctor Ferreres:** *op.cit.*, p. 14 ss, sobre la objeción democrática o dificultad contramayoritaria a la legitimidad del control de constitucionalidad de la ley, bien razonadas y trasplantadas de Estados Unidos, pero que sinceramente creo acaso desenfocan la realidad del problema en España y podrían percibirse como esquemáticas o formalistas. Entiende que en el contexto del federalismo la objeción no supone un verdadero problema, pues ambas leyes en colisión emanan de legisladores democráticos que se enfrentan, la decisión —dice— no entra propiamente en tensión con la democracia; las cosas se complican cuando el juez constitucional de los derechos se sitúa frente al legislador democrático. Las cosas me parece no responden a este esquema en la experiencia de nuestro modelo de jurisdicción constitucional. El constante conflicto de competencia legislativa entre dos legitimidades democráticas contrapuestas y plasmadas en diversas leyes —v.gr. sobre lo básico— se resuelve por el intérprete supremo con una decisión arbitral muy genéricamente predeterminada en un amplio e impreciso bloque de constitucionalidad con normas dotadas de una textura muy abierta y no necesariamente de rango fundamental y esto genera un arriesgado choque de legitimidades y una mucha mayor tensión. El propio autor advierte el problema cuando se plantea otro ingrediente: la relevancia del referéndum a efectos de este control, que no es un fenómeno insólito, pero que podría llevar a practicar un cierto margen de deferencia judicial derivado del apoyo popular.

Manuel Medina— sino que debe revisar su competencia revisora a lo largo de una demanda a la luz de la división de poderes, y, no darla por supuesta, sino asegurarse de que haya algo predeterminado constitucionalmente.[43] Pero mucho me temo que no constituya un límite muy real, dada la flexibilidad e indeterminación de la mayor parte de nuestras normas constitucionales, su apertura y elasticidad, verdaderos compromisos dilatorios que el Tribunal Constitucional ha ido rellenando de contenidos en sucesivos casos. Tampoco creo hayamos avanzado mucho en la eficacia de estas limitaciones, pese a la indiscutible validez del argumento.

Tercero, es verdad que el Tribunal ha diferenciado sus propias funciones de la función legislativa, y que invoca constantemente la libertad de configuración normativa del legislador, reconociendo que la Constitución no es un programa de actuaciones sino un conjunto de límites y un marco mínimo de coincidencias suficientemente amplio que admite opciones políticas diversas que un órgano jurisdiccional no puede sustituir. El legislador no ejecuta la Constitución, crea normas con libertad, y el Tribunal no debe verificar la oportunidad de las mismas sino su adecuación a un parámetro constitucional.[44] La legislación no es concreción de la Constitución sino una actividad políticamente configurada.[45] Esta frontera es cierta, quizás la más relevante, pero sus lindes se mueven constantemente en una frontera variable.

Cuarto, el resultado de una interpretación constitucional debe ser generalizable y deducirse de unos cánones iguales, de ello resulta una garantía de la previsibilidad de la decisión.[46] Mas es evidente el amplio margen de discrecionalidad que alberga la jurisdicción constitucional en sus pronunciamientos e incluso la constatación de contradicciones jurisprudenciales.

Quinto, puede pensarse asimismo en la relevancia como contrapeso del Derecho Procesal Constitucional, algunos autores como Pizzorusso han defendido que el sometimiento a las normas procesales es el principal límite del

43. Puede verse Manuel Medina al que sigo en este punto: *op.cit.*, p. 82 y ss.

44. *Ibídem.*

45. Christian Starck: *Jurisdicción constitucional y derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 42.

46. *Ibídem.*

intérprete supremo.[47] El argumento es cierto, pero el límite no es intenso, pues, siendo el Tribunal Constitucional al tiempo el único intérprete y el principal destinatario de sus normas, la exégesis de las disposiciones procesales carece de alteridad, tiene una naturaleza de algún modo corporativa; así existe una tendencia a fallar de forma relativamente incongruente y de oficio sobre el *petitum* y el objeto del litigio, o a autoconcederse herramientas procesales que la ley procesal no prevé (v.gr. la nulidad prospectiva o diferida en el caso español), algo que a veces resulta inevitable para no generar daños mayores.

Sexto, mi larga observación de la institución desde fuera y desde dentro como Letrado a su servicio me lleva a pensar que el límite más importante en la práctica no creo sea otro que la excelencia como juristas de los Magistrados constitucionales, su caudal de experiencias y conocimientos sobre controversias constitucionales y su capacidad de solventarlos en sala de deliberación mediante la constante discusión de principios, interpretaciones y ponderaciones. Los titulares del órgano son la sal de la tierra de la jurisdicción.[48] Los partidos que impulsan a los órganos constitucionales que los designan deberían tomarse en serio esta realidad en provecho de todos y consensuar un perfil objetivo que permitiera construir mayorías cualificadas sobre la autoridad e imparcialidad de los designados y su pluralidad de sensibilidades. La actual lotización sin vetos destruye el mérito y la capacidad. Sé que esto puede parecer ingenuo, pero es sabio, la historia muestra que la jurisdicción constitucional como la democracia representativa no se puede mantener sin una ética pública y unos principios republicanos o direcciones políticas de Estado.

En suma, concluiré ninguna de las limitaciones que he enumerado a la función del intérprete supremo creo sea intensa, aunque sean ciertas, y temo no tener alternativas. En el interesante libro «*Schmitt, a dangerous mind*» se recuerda que varios de los discípulos —de derecha e izquierda— de un decisionista y detractor de la jurisdicción constitucional como fue Schmitt criti-

---

47. Alessandro Pizzorusso, «Uso ed abuso del diritto processuale costituzionale» en VVAA: *Perspectivas constitucionais. Nos 20 anos da Constituiçao de 1976*, Coimbra Editora, 1996, volumen I, p. 879 y ss.

48. Rosario Serra concluye su estudio sobre selección de los jueces e independencia judicial con una frase feliz de la Corte 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 jueces en Estados Unidos*, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2011, p. 142.

caron en la segunda posguerra al Tribunal Constitucional Federal alemán por —a su juicio— dictar «apócrifos actos de soberanía».[49] De manera mucho más medida, Cruz Villalón recuerda que la «Constitución inmutada» ha situado al Tribunal Constitucional en una posición «innecesariamente fuerte», lo que puede confundir las diferencias entre sentencia constitucional y reforma constitucional.[50] En este escenario, escasamente recomendable, nos moveremos —me temo— en el futuro si no cambiamos pronto los decorados. La pregunta es ¿cómo?

4. Epílogo: a la espera de la reforma de la Constitución territorial

De este círculo vicioso de inseguridades jurídicas, de pérdida de legitimidad democrática de nuestra Constitución territorial y de *auctoritas* de su intérprete supremo no puede salirse más que mediante la reforma Constitucional.[51] La actual complejidad de las normas de distribución de competencias en el bloque de la constitucionalidad ha creado una nueva escolástica jurídica en cientos de confusas sentencias, —divinas palabras....—, que reclama una drástica simplificación. Es menester clarificar la interpretación de unas disposiciones que utilizan millares de operadores jurídicos en multitud de conflictos competenciales. Hay a veces una jurisprudencia para una cosa y su contraria, consecuencia de las limitaciones de la que es, por definición, antes una interpretación tópica que sistemática, y lecturas muy diversas —y a veces opuestas— por los especialistas de demasiadas sentencias. Como vivo en España y observo el país que habito, conozco los obstáculos políticos que se supone que

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.*, p. 1177.

51. Ésta era la posición doctrinal mayoritaria, incluso en Cataluña, hasta antes de iniciarse la reforma del Estatuto: reconocer como positiva la realidad y postular la corrección de defectos e insuficiencias mediante la reforma constitucional. En este sentido, Eliseo Aja y Carles Viver, «Valoración de 25 años de autonomía» en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 69, 2003, pp. 69 y ss. Quizás el problema no fuera que las Comunidades Autónomas tuvieran una «autonomía de baja calidad» sino que lo que es de baja calidad es la propia Constitución territorial por sus insuficiencias. Tras la STC 31/2010 muchos se plantean la viabilidad y conveniencia de la reforma constitucional, entre otros, Tomás de la Quadra-Salcedo: *op. cit.*, p. 74, sugiere conservar la Constitución, pero no «momificarla» (p. 77). Desde posiciones muy diversas a las que aquí se razonan, defiende recientemente también la necesidad de la reforma Jorge de Esteban, «De Constitución normativa a nominal» en *Teoría y realidad constitucional*, nº 27, 2011, p. 177 ss.

a esa labor se oponen y no sé si son infranqueables. Pero no puedo decir otra cosa, porque esa es la lógica del Derecho Constitucional en cualquier país de nuestro entorno cultural: el constitucionalismo de los Estados compuestos. La solución depende de la voluntad de vivir en Constitución —como diría Hesse— que nuestros dirigentes políticos alberguen. Cabe pensar que podamos vivir casi sin Constitución y continuar otra década con lo que he llamado una «*Constitución suflé*»,[52] muy voluminosa y aparente, pero cuyas disposiciones tienen ya insuficiente densidad normativa para dirigir un ordenamiento jurídico que se ha desarrollado muchísimo en normas no de rango fundamental durante treinta años merced a la arriesgada idea de bloque de la constitucionalidad. O, por el contrario, recuperar la prudencia, el sentido de Estado y pensar que es necesario reformar las reglas competenciales, clarificarlas y actualizarlas de acuerdo con las experiencias constitucionales[53] adquiridas a través de miles de conflictos; fuerza de ley constitucional y la cultura constitucional, que produce la adhesión, son hoy dos valores en tensión.[54] Invertimos nuestros esfuerzos en asegurarnos de las reglas constitucionales y estatutarias que deben aplicarse, en consensuar el parámetro normativo, en vez de en encontrar soluciones adecuadas sobre una infinidad de problemas reales y acuciantes que vamos posponiendo o resolviendo con infinidad de dificultades: la transposición armónica de la directivas europeas en materias con competencias compartidas y concurrentes (recordemos el difícil caso de la directiva de servicios); la regulación de la protección civil ante graves emergencias de interés nacional o su actuación de forma suficientemente coordinada; el uso solidario de las cuencas hidrográficas extracomunitarias; el reparto justo de los instrumentos de financiación mediante mecanismos de compensación solidarios y transparentes que incompresiblemente hoy ni siquiera están en la Constitución; una regulación moderna y pluralista del régimen local asentada en el protagonismo de los Municipios y la suficiencia de sus recursos en un

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 en balde antiguo juez constitucional, razona que todo positivismo tiene en común su condición monista o positivo legislativa, pero advierte que el problema de nuestros días es la condición *dualista* del derecho, la tensión entre el derecho como *sustancia,* que emana de las *experiencias* jurídicas, y el derecho como *forma* en cuanto se nos impone su *obediencia*: *lex* o *ius*, *leges* o *mores*. Y concluye que cuando el derecho sólo es capaz de asumir uno de esos dos valores la sociedad está en peligro y el sistema político institucional se transforma en una máquina letal (pp. 22-23). Esa me temo es nuestra situación actual.

54. *Ídem,* p. 45.

marco competencial estable; la extenuante discusión sin fin sobre el papel de Provincias y Diputaciones y ahora de Veguerías; y un demasiado largo etcétera como para no preocuparnos. ¿Hasta cuándo?

De esta situación de manifiesta ineficacia de nuestra división territorial del poder sólo se puede salir mediante la reforma de la Constitución territorial. Tenemos una de las constituciones más viejas de Europa. Ya no somos el referente europeo de una transición democrática modelo sino el ejemplo de un sistema de distribución de competencias que dificulta la gobernación por su misma confusión y suscita serios problemas de integración. Ninguna Constitución de un Estado descentralizado puede funcionar sin acomodarse de tiempo en tiempo a la realidad; todas lo han hecho menos la nuestra. Esa es la responsabilidad histórica de nuestra generación para las venideras y, en particular, de nuestros gobernantes: recuperar la capacidad de compromiso y patriotismo constitucional y modernizar las reglas de juego. El intérprete supremo de la Constitución no puede salir constantemente del banquillo de los suplentes y actuar en vez del titular del poder de reforma realizando unas funciones que desbordan sus potestades. Desde los ochenta y la LOAPA, sabemos que la labor de interpretación general de las normas constitucionales tampoco puede hacerla el legislador. Ahora se ha resuelto que los Estatutos no pueden definir categorías constitucionales ni condicionar las competencias estatales. Algo al menos debería estar más claro. Del largo viaje del Estatuto de Cataluña deberían quedar los muchos estudios realizados —una prospección constitucional[55]— y la sana voluntad regeneracionista de actualizar la Constitución. Pero deberíamos aprender que sólo puede hacerse con el consenso del mayor número posible de fuerzas políticas y mediante la reforma de la Constitución. Es un generalizado ejercicio de incoherencia postular el mantenimiento de una Constitución abierta y luego quejarse de que el intérprete supremo se desborde en sus funciones.

55. Son palabra de Pedro Cruz en otro contexto: *op.cit.*, p. 1177.

RESUMEN

Revista catalana de dret públic, 43, ISSN 1885-5709, 2011
Fuente de la clasificación: Clasificación Decimal Universal (CDU)
Fuente de los descriptores: palabras clave facilitadas por los autores

342: 347.99
Javier García Roca, catedrático de derecho constitucional de la Universidad Complutense de Madrid.

es El intérprete supremo de la Constitución abierta y la función bilateral de los estatutos: o la insoportable levedad del poder de reforma constitucional
p. 87-120

La STC 31/2010 suscita un problema derivado de la intersección de las funciones constitucionales de los Estatutos y la labor del intérprete supremo de la Constitución. La sentencia pone fin a un entendimiento expansivo de las primeras sentando límites: la imposibilidad de definir categorías competenciales, reservada a la Constitución y al Tribunal Constitucional su exégesis, y de condicionar las competencias estatales; así como la reconducción de los Estatutos a una cierta bilateralidad, al desarrollo de su vínculo con el Estado. El Tribunal asume la labor de resolver todas las colisiones entre las leyes estatales y el Estatuto y pospone la solución de numerosos conflictos preventivos. Pasa a ser más que nunca el factor principal, si no el único, de una Constitución tan abierta en detrimento del legislador estatutario. Pero los límites a su función interpretativa distan de ser intensos. De esta situación de ineficacia (indeterminación competencial, pérdida de seguridad jurídica y legitimidad democrática) sólo puede salirse mediante la reforma constitucional. Tenemos la Constitución territorial más vieja de Europa. Es menester su actualización de acuerdo con las experiencias constitucionales.

Palabras clave: funciones de los Estatutos, intérprete supremo, reforma de la Constitución.

RESUM

Revista catalana de dret públic, 43, ISSN 1885-5709, 2011
Font de la classificació: Classificació Decimal Universal (CDU)
Font dels descriptors: paraules clau facilitades pels autors

342: 347.99
Javier García Roca, catedràtic de dret constitucional de la Universitat Complutense de Madrid.

es El intérprete supremo de la Constitución abierta y la función bilateral de los estatutos: o la insoportable levedad del poder de reforma constitucional
ca L'intèrpret suprem de la Constitució oberta i la funció bilateral dels estatuts: o la insuportable lleugeresa del poder de reforma constitucional
p. 87-120

La STC 31/2010 suscita un problema derivat de la intersecció de les funcions constitucionals dels estatuts i la tasca de l'intèrpret suprem de la Constitució. La sentència posa fi a una entesa expansiva d'aquestes posant límits: la impossibilitat de definir categories competencials, reservada a la Constitució i al Tribunal Constitucional la seva exègesi, i de condicionar les competències estatals; així com la reconducció dels estatuts a una certa bilateralitat, al desenvolupament del seu vincle amb l'Estat. El Tribunal assumeix la tasca de resoldre totes les col·lisions entre les lleis estatals i l'Estatut i posposa la solució de nombrosos conflictes preventius. Passa a ser més que mai el factor principal, si no l'únic, d'una Constitució tan oberta, en detriment del legislador estatutari. Però els límits a la seva funció interpretativa disten de ser intensos. D'aquesta situació d'ineficàcia (indeterminació competencial, pèrdua de seguretat jurídica i legitimitat democràtica) només se'n pot sortir mitjançant la reforma constitucional. Tenim la Constitució territorial més vella d'Europa. És necessària actualitzar-la d'acord amb les experiències constitucionals.

Paraules clau: funcions dels estatuts, intèrpret suprem, reforma de la Constitució.

ABSTRACT

Revista catalana de dret públic, 43, ISSN 1885-5709, 2011
Classification source: Universal Decimal Classification (UDC)
Key words source: Key words are given by authors

342: 347.99
Javier García Roca, Full Professor of Constitutional Law at the Universidad Complutense of Madrid

es El intérprete supremo de la Constitución abierta y la función bilateral de los estatutos: o la insoportable levedad del poder de reforma constitucional
en The Supreme Interpreter of the Open Constitution and the Bilateral Function of the Statues or the Unbearable Lightness of Constitutional Reform
p. 87-120

Constitutional Court decision 31/2010 raises a problem stemming from the confluence of the constitutional roles of statutes of autonomy and the role of the supreme interpreter of the Constitution. The ruling puts an end to a broad understanding of the constitutional function of the statutes by setting limits: the impossibility of defining categories of powers, the exegesis of which is reserved for the Constitution and the Constitutional Court; and the impossibility of conditioning the powers of the state; furthermore, the redirection of the statutes of autonomy to a certain bilaterality, to the development of their ties to the State. The Court takes upon itself the task of resolving all conflicts between the laws of the State and the Statute of Autonomy and postpones the solution of numerous preventive conflicts. More than ever, if not the sole factor, the Court has become the chief factor in such an open Constitution, to the detriment of the legislative bodies that drafted the statutes. Nonetheless, the limitations on its interpretative role are far from being harsh. The only way to resolve this situation of inefficiency (failure to clearly determine the attribution of powers, loss of legal certainty and democratic legitimacy) is constitutional reform. We have the oldest territorial Constitution of Europe. It must be updated, in conformity with these constitutional experiences.

Key words: role of the statutes of autonomy, supreme interpreter, constitutional reform.