

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DAVANT L'ESTATUT

Antoni Bayona Rocamora*

Els recursos d'inconstitucionalitat interposats contra l'Estatut d'autonomia de Catalunya del 2006 (EAC) han suscitat un ampli debat en l'àmbit polític i també en el jurídic, sobre les possibilitats i la conveniència d'una intervenció del Tribunal Constitucional (TC) en relació amb una llei –l'Estatut– que té unes característiques pròpies i diferents de les d'altres lleis i que ha estat sotmesa a un referèndum dels ciutadans.

En termes estrictament jurídics no es pot sostenir la tesi de la incompetència del TC per conèixer dels recursos sobre l'EAC. Els estatuts són normes que resten sotmeses a la Constitució i, per tant, no estan exemptes del control de constitucionalitat, tal com ho determina expressament l'article 27.2a de la Llei orgànica del Tribunal Constitucional. Una qüestió diferent és la valoració que pot merèixer aquest fet en el pla polític i en el pla social per l'*afectació* que pot significar la Sentència sobre un assumpte que ja ha estat sotmès a consulta popular.

Tanmateix, la possibilitat que l'EAC pugui ser sotmès a judici de constitucionalitat no exclou que es pugui argumentar a favor de l'existència d'uns límits en l'exercici de la funció jurisdiccional que es justifiquen per la naturalesa especial que tenen els estatuts com a normes jurídiques.

La justícia constitucional, com a tal, ha suscitat sempre un profund debat entorn dels efectes que pot tenir sobre els actes que són fruit de l'expressió del principi democràtic inherent a l'exercici de la potestat legislativa. L'aplicació als tribunals constitucionals del qualificatiu *legisladors negatius* posa en relleu aquest problema. Per aquesta raó, la doctrina i la mateixa jurisprudència constitucional comparada solen estar d'acord a considerar que els tribunals constitucionals han d'aplicar un criteri de «deferència» cap al legislador o de *self-restraint* en l'exercici de les seves funcions de control sobre les lleis. Aquest principi es tradueix, entre altres coses, en la presumpció de constitucionalitat de les lleis, en la possibilitat d'interpretació «conforme» amb la Constitució quan existeix aquest marge i en la interdicció de declaracions d'inconstitucionalitat «preven-

* Antoni Bayona Rocamora, lletrat del Parlament de Catalunya.

tives», és a dir, pel fet que en l'aplicació de la norma hi pugui haver el risc d'una solució contrària a la Constitució.

Si aquest criteri és aplicable en general a qualsevol llei que ha de ser valorada pel TC, es pot afirmar que s'ha d'extremar encara molt més en el cas dels estatuts d'autonomia, atesa la funció constitucional que compleixen.

L'arquitectura del sistema autonòmic no està plenament definida ni acabada en la mateixa Constitució, perquè el constituent va optar per un model especialment obert que remetia el seu resultat final a una norma específica (els estatuts) encarregada de complir aquesta funció constitucional. Aquest escenari permet considerar els estatuts com a normes que desenvolupen i compleixen directament la Constitució, a les quals es pot aplicar el qualificatiu de *normes «materialment» constitucionals*, tal com ho reconeixen un important sector doctrinal i també el mateix TC en la Sentència relativa a l'EAC (FJ 3).

Des d'aquesta perspectiva, el legislador estatutari se situa més en el pla del legislador constituent que no pas en el del legislador constituït, i això hauria de significar l'aplicació més estricta del principi de deferència, almenys en els aspectes de la regulació estatutària en els quals es pot considerar que la Constitució deixa un ampli marge de recorregut als estatuts.

Tanmateix, un dels aspectes més criticables de la Sentència de l'EAC és la manca de sensibilitat que el TC mostra sobre aquest fet, que el porta a ignorar o, en el millor dels casos, a negar cap efecte a la funció constitucional que compleixen els estatuts, tant pel que fa als paràmetres de control utilitzables com pel que fa al fil conductor de l'argumentació de la decisió. En aquest sentit, el TC no solament no aplica el principi de deferència en el seu judici de constitucionalitat, sinó que, paradoxalment, reflecteix en els seus arguments una desconfiança i una aproximació preventiva a la norma que el porten a un activisme judicial que s'arriba a concretar fins i tot en declaracions interpretatives innecessàries.

En el fons d'aquesta línia, el que s'aprecia realment és una clara devaluació del paper i el significat de l'Estatut, que el TC no vol considerar en cap cas que ocupi un lloc rellevant dins el bloc de la constitucionalitat que pugui condicionar la funció del TC com a intèrpret suprem de la Constitució. Per al Tribunal, la Constitució i el TC són els dos únics protagonistes de l'escenari, i l'Estatut queda relegat a un paper clarament secundari.

Aquesta forma de veure les coses porta moltes vegades a tractar l'Estatut més com una norma autonòmica que no pas com una norma estatal, que és el que veritablement és. En aquest sentit, la Sentència desactiva moltes disposicions estatutàries amb l'argument que l'Estat no pot quedar compromès per l'EAC i ha de quedar lliure per prendre les determinacions per una llei ordinà-

ria o orgànica, és a dir, al marge d'un marc sotmès a un règim de reforma especialment rígid.

Tanmateix, aquesta visió del text estatutari no solament devalua el seu paper com a norma jurídica, sinó que també implica desconèixer el valor de pacte polític en què es basa l'exercici del dret a l'autonomia reconegut per la Constitució i que s'articula mitjançant un marc normatiu de concurrència de voluntats.

Per les raons que s'acaben d'exposar, es pot concloure que el TC ha posat en qüestió en la seva Sentència dos elements bàsics que es troben implícits en el pacte constituent: el valor de l'EAC com a norma jurídica en la qual es concreta l'exercici del dret a l'autonomia dins el marc d'obertura i flexibilitat que permet la Constitució del 1978; i el valor de pacte polític que representa l'Estatut, que el TC hauria d'haver respectat exercint un control de constitucionalitat especialment mesurat i deferent envers el legislador i el poble català, en funció d'aquestes dues premisses.

En un altre ordre de consideracions, cal posar també en relleu que la Sentència sobre l'Estatut posa fi, en la pràctica, a l'intent d'aprofundir en l'autogovern dins el marc que determina la Constitució. La voluntat política que hi havia darrere la reforma de l'Estatut es fonamentava en la possibilitat jurídica que la Constitució consentia un marge de maniobra al legislador estatutari superior al que s'havia concretat en el seu moment en l'Estatut del 1979. Tot i que cal reconèixer que en alguns aspectes concrets l'Estatut del 2006 es podria situar en el límit permès pel marc constitucional, existia a Catalunya un ampli consens sobre l'existència d'aquest marge de maniobra en aspectes clau com, per exemple, el contingut material de l'autonomia que es concreta en l'atribució de competències a la Generalitat, funció que l'article 147.3 CE remet clarament als estatuts.

Malgrat això, una de les conclusions més clares i evidents que es desprèn de la Sentència és que aquest marge de recorregut és pràcticament inexistent, la qual cosa significa descartar en el futur la utilització de la via estatutària per a la millora de l'autogovern, amb les conseqüències que es poden derivar d'això no només en el pla jurídic, sinó també en el social i el polític.

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DAVANT L'ESTATUT

Víctor Ferreres Comella*

La Sentència del Tribunal Constitucional sobre l'Estatut d'autonomia de Catalunya obligarà els estudiosos, entre altres coses, a reflexionar sobre la «teoria de la justícia constitucional». Concretament, ens portarà a refinar les nostres concepcions sobre les condicions sota les quals, i les raons per les quals, resulta legítim que una norma aprovada a través del procés democràtic sigui finalment desqualificada per un òrgan jurisdiccional. Després de tants anys durant els quals molts constitucionalistes han considerat que l'anomenada *dificultat contramajoritària* que comporta el control judicial de la llei és un problema peculiar dels Estats Units, ja «superat» a Europa, la Sentència sobre l'Estatut català ens mostra la necessitat de pensar seriosament sobre aquest clàssic problema i de veure'l tenint en compte les circumstàncies del moment actual.

Em refereixo, naturalment, a la reflexió sobre els fonaments últims de la justícia constitucional. Doncs, des d'un punt de vista formal, amb la llei a la mà, ningú no pot tenir cap dubte sobre la plena competència del Tribunal Constitucional (TC) per resoldre el recurs contra l'Estatut (article 27.2a de la Llei orgànica del Tribunal Constitucional [LOTCC]). Algunes veus absolutament minoritàries han entès que la Llei orgànica del Tribunal Constitucional (LOTCC) és en aquest punt inconstitucional, ja que atribueix al TC un control sobre els estatuts que la Constitució no preveu. A més, s'ha plantejat la possibilitat de reformar la LOTCC per impedir al TC que es pronunciï en el futur sobre la validesa dels estatuts. Segons el meu parer, la regulació actual de la LOTCC és perfectament constitucional. És més: es pot argumentar que seria inconstitucional modificar-la a fi que els estatuts tinguessin immunitat davant el control del TC. Els principis de supremacia de la Constitució, de jerarquia normativa, de submissió dels poders públics a la Constitució i al dret, així com la clàusula general de l'estat de dret, apunten tots a la necessitat d'establir mecanismes per reaccionar jurisdiccionalment contra les normes inferiors a la Constitució que contravinguin el que aquesta disposi. En tot cas, la càrrega de l'argumentació, la tenen els qui defensen la tesi de l'absoluta singularitat dels estatuts com a úniques normes la vali-

* Víctor Ferreres Comella, professor de dret constitucional de la Universitat Pompeu Fabra i l'Escola Judicial.

desa de les quals, si es reformés la LOTC en la línia indicada, no podria ser contestada jurisdiccionalment en el nostre sistema.

Es diu de vegades que la nostra Constitució és tan oberta en matèria de distribució territorial del poder, que no existeix cap paràmetre possible amb el qual es pugui valorar la validesa dels estatuts. Però aquesta tesi no és plausible. La nostra Constitució, en efecte, remet als estatuts i a altres normes per tancar la Constitució territorial, però això no significa que no digui res substancials que pugui arribar a imposar-se al legislador estatuent. Quantes i quines coses s'extreguin de la Constitució per limitar el poder estatuent depèn, naturalment, de com interpretem la Constitució. I la interpretació efectuada pel TC en assignar contingut específic a tals restriccions pot variar. Però no sembla acceptable resoldre, d'entrada, aquesta qüestió, impossibilitant el TC perquè fixi quines són les restriccions constitucionals que, segons el seu parer, ha d'observar tot estatut.

Ara bé, encara que les coses siguin bastant clares des d'un punt de vista jurídicoformal, el cert és que estem necessitats d'una bona teoria per legitimar d'una manera més profunda que el TC pugui arribar a anul·lar preceptes estatutaris que han estat aprovats no solament pels representants polítics que integren els parlaments corresponents (autonòmic i estatal), sinó també pels ciutadans en un referèndum. Certament, les coses haurien estat més fàcils si el TC s'hagués pogut pronunciar sobre la validesa de l'Estatut català abans de la celebració del referèndum. Però, com que no s'havia fet la reforma necessària de la LOTC perquè aquest control previ fos possible, ens trobem amb una sentència que diu «no» a disposicions que van gaudir del suport de la immensa majoria dels ciutadans que van participar en el referèndum.

Per contribuir a l'assaig d'una possible «resposta» a la inevitable objecció democràtica que aquí es planteja, em sembla que es poden dir algunes coses. En primer lloc, convé insistir que no és una raresa, en dret comparat, que normes aprovades per referèndum siguin invalidades pels jutges. Als Estats Units, per exemple, bressol de la justícia constitucional, els jutges han hagut de pronunciar-se força sovint sobre la validesa de normes sorgides de procediments de democràcia directa, i no és rar que hagin decretat la seva invalidesa. Per exemple, podríem esmentar dos casos importants decidits pel Tribunal Suprem: la Sentència *González v. Raich*, 545 U.S. 1 (2005), que estima contrària al dret federal una llei californiana aprovada per referèndum (relativa a l'ús mèdic de determinades drogues), i la Sentència *Romers v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996), que invalida una reforma de la Constitució de Colorado aprovada per referèndum (que disminuïa la protecció del dret a la igualtat per raó d'orientació sexual).

En segon lloc, cal refinar la doctrina de la deferència judicial. Encara que és molt raonable sostenir que un tribunal ha de ser molt deferent amb el legislador quan aquest compta amb el suport dels ciutadans manifestat en un referèndum, caldria fer una distinció en funció de si el legislador l'obra del qual s'avalua té o no competència per regular la matèria de què es tracti. Si és plenament competent, està justificat sostenir que (per regla general) el jutge només ha d'invalidar la norma aprovada en un procés de tan alta intensitat democràtica si és molt clar –més enllà de tot dubte raonable– que la norma és, en efecte, contrària a la Constitució. En el segon cas, en canvi, quan el legislador no és competent, la deferència no té gaire sentit, ja que la intensitat democràtica del procediment només és valuosa si el procediment ha observat les regles de la competència. Si se'm permet un exemple extrem, no impressionaria a ningú que el Parlament espanyol i els ciutadans espanyols per referèndum, aprovessin una norma sobre com s'han de celebrar els judicis penals a l'Estat de Texas. El jutge que hagués de valorar la validesa (o l'aplicabilitat, l'eficàcia, etc.) de la norma en qüestió no hauria de ser gaire «deferent», ja que el jutge, en aquest cas, hauria de plantejar-se una qüestió prèvia i fonamental, relativa al cercle de matèries que poden ser regulades pel procediment democràtic que s'ha posat en marxa.

Doncs bé, crec que aquesta distinció pot fer llum a l'hora de preguntar-se si el TC, en la Sentència sobre l'Estatut català, ha estat o no poc deferent amb el legislador. En principi, podríem arribar a apreciar un baix nivell de deferència (és a dir, podríem apreciar un excés d'«activisme») en la part de la Sentència en la qual s'examinen opcions del legislador estatuent que clarament es refereixen a matèries reservades (o permeses) a l'Estatut. Potser el tema de la llengua sigui una d'aquestes matèries. És més, podríem dir que una manera de mostrar respecte pel legislador és obrir-se a la possibilitat que la doctrina seguida fins ara pel TC sigui reconsiderada, en vista de la «discrepància» que expressa aquest legislador. El diàleg entre les institucions democràtiques i el TC és un exercici sa, que facilita una evolució crítica de la jurisprudència. Potser, per exemple, l'automatisme amb què el TC ha aplicat la seva doctrina en matèria de distribució de competències entre l'Estat i les comunitats autònomes és criticable des d'aquest punt de vista.

Ara bé, moltes altres parts de l'Estatut han estat desactivades pel TC per entendre que ultrapassaven el camp de qüestions que es poden regular en un estatut. En posarem un exemple senzill: si l'Estatut no és la norma competent per fixar (encara que sigui de manera indirecta i fragmentària) les atribucions relatives del Tribunal Superior de Justícia (TSJ) i del Tribunal Suprem (TS), llavors no hi ha més remei que declarar que l'Estatut és invàlid (o ineficax, o inú-

til, etc.) per extralimitar-se. És irrellevant aquí amb quina intensitat democràtica ha estat aprovat l'Estatut. És més, si estem d'acord, per exemple, que els tribunals de justícia integren un poder de l'Estat (i no de la comunitat autònoma), llavors no s'entén gaire bé, en bona teoria democràtica, per què només han estat cridats al referèndum els ciutadans de Catalunya (o d'altres comunitats autònomes, com l'andalusa, que han copiat parts de les disposicions de l'Estatut català en aquesta matèria) i s'han exclòs els ciutadans de la resta d'Espanya. L'única rèplica que se m'ocorre és que (per seguir amb el mateix exemple) és possible tenir disset repartiments de jurisdicció diferents entre el TS i el TSJ, en funció del que digui cada estatut. En aquestes circumstàncies, és correcte, sí, que només siguin cridats al referèndum els ciutadans de la comunitat afectada pel nou repartiment de funcions entre el TS i el TSJ, però em sembla dubtós que un esquema organitzatiu d'aquest tipus sigui sostenible. En tot cas, si s'admetés un esquema d'aquesta naturalesa, ens estaríem allunyant clarament de la senda federal (per la qual el nostre sistema autonòmic, una vegada consolidat, té certa vocació). En el sistema federal, el principi democràtic opera bàsicament de la manera següent: cada regió regula autònomament els seus òrgans i assumptes propis (amb democràcia directa o representativa en l'àmbit regional), i la federació en el seu conjunt regula els òrgans i assumptes comuns (amb democràcia directa o representativa en l'àmbit federal).

Finalment, és interessant assenyalar que la Sentència sobre l'Estatut exemplifica bé una de les versions de la famosa paradoxa de la democràcia. En efecte, d'una banda, una norma aprovada amb gran solemnitat democràtica és invalidada per un tribunal de justícia, un òrgan que té menor legitimitat democràtica. Però, de l'altra, el tribunal fa el que fa (en part) per evitar una excessiva petrificació de l'ordenació jurídica, la qual cosa assegura que el procés polític ordinari estigui obert en el futur a la possibilitat que se succeeixin canvis normatius en funció del joc de les majories parlamentàries. La regla general en democràcia és la majoria simple, ja que maximitza el «*principio de reversibilidad de las decisiones normativas*» (segons el que recorda el TC en el FJ 6). El TC, en molts moments de la seva Sentència, desbrossa el camí perquè sigui la llei «ordinària» (estatal o autonòmica) la que reguli certa matèria, sense estar limitada innecessàriament per la norma estatutària. Certament, hi ha raons per desviar-se de la regla de la majoria simple en diversos contextos, i el constitucionalisme democràtic no és res més que l'intent de justificar que la regla es vegi exceptuada en una sèrie de supòsits. Però no convé convertir la regla de la majoria en un procediment residual. En la mesura que pugui veure's la Sentència, en algunes parts, com una reacció a favor de la regla de la majoria simple, hauríem de con-

cloure que el «cost» democràtic que significa invalidar un precepte aprovat per referèndum es veu compensat, fins a cert punt, per un «benefici» democràtic: s'està garantint que tant l'Estat com la comunitat autònoma, en exercir les seves competències respectives, podran inclinar-se a favor d'una determinada opció legislativa, en funció de la deliberació i la negociació que es produeixin en cada moment històric entre els representants polítics elegits pel poble.