

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ANTE EL ESTATUTO

Antoni Bayona Rocamora*

Los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 (EAC) han suscitado un amplio debate en el ámbito político y también jurídico sobre las posibilidades y conveniencia de una intervención del Tribunal Constitucional (TC) en relación con una ley –el Estatuto– que tiene unas características propias y diferentes de otras leyes y que ha sido sometida a referéndum de los ciudadanos.

En términos estrictamente jurídicos no se puede sostener la tesis de la incompetencia del TC para conocer de los recursos sobre el EAC. Los estatutos son normas que quedan sometidas a la Constitución y, por lo tanto, no están exentas del control de constitucionalidad, tal como determina expresamente el artículo 27.2.a de la Ley Orgánica del TC. Cuestión distinta es la valoración que merezca este hecho en el plano político y social por la *afectación* que puede suponer la Sentencia sobre un asunto que ya ha sido sometido a consulta popular.

Sin embargo, la posibilidad de que el EAC pueda ser sometido a juicio de constitucionalidad no excluye el que pueda argumentarse a favor de la existencia de unos límites en el ejercicio de la función jurisdiccional, que se justifican por la especial naturaleza que poseen los estatutos como normas jurídicas.

La justicia constitucional, en cuanto tal, ha suscitado siempre un profundo debate en torno a los efectos que puede tener sobre los actos que son fruto de la expresión del principio democrático inherente al ejercicio de la potestad legislativa. La aplicación en los tribunales constitucionales del calificativo de «legisladores negativos» pone de relieve este problema. Por esta razón, la doctrina y la propia jurisprudencia constitucional comparada suelen estar de acuerdo al considerar que los tribunales constitucionales deben aplicar un criterio de «deferencia» hacia el legislador o de *self-restraint* en el ejercicio de sus funciones de control sobre las leyes. Este principio se traduce, entre otras cosas, en la presunción de constitucionalidad de las leyes, en la posibilidad de interpretación «conforme» con la Constitución cuando existe este margen y en la interdicción de declaraciones de inconstitucionalidad «preventivas», es decir, por el hecho de

* Antoni Bayona Rocamora, letrado del Parlamento de Cataluña.

que en la aplicación de la norma pueda existir el riesgo de una solución contraria a la Constitución.

Si este criterio es aplicable en general a cualquier ley que tiene que ser valorada por el TC, se puede afirmar que debe extremarse todavía mucho más en el caso de los estatutos de autonomía, vista la función constitucional que cumplen.

La arquitectura del sistema autonómico no está plenamente definida ni acabada en la misma Constitución, porque el constituyente optó por un modelo especialmente abierto que remitía su resultado final a una norma específica (los estatutos) encargada de cumplir con esta función constitucional. Este escenario permite considerar a los estatutos como normas que aplican y complementan directamente la Constitución, a las cuales puede asignarse el calificativo de normas «materialmente» constitucionales tal como reconoce un importante sector doctrinal y también el propio TC en la Sentencia relativa al EAC (FJ 3).

Desde esta perspectiva, el legislador estatutario se sitúa más en el plano del legislador constituyente que en el del legislador constituido y ello debería suponer la aplicación más estricta del principio de deferencia, al menos en aquellos aspectos de la regulación estatutaria sobre los que puede considerarse que la Constitución otorga un amplio margen de recorrido a los estatutos.

Sin embargo, uno de los aspectos más criticables de la Sentencia del EAC es la falta de sensibilidad que el TC muestra sobre este hecho, que lo lleva a ignorar o, en el mejor de los casos, a negar cualquier efecto a la función constitucional que cumplen los estatutos, tanto en lo relativo a los parámetros de control utilizables como en lo referente al hilo conductor de la argumentación de la decisión. En este sentido el TC no sólo no aplica el principio de deferencia en su juicio de constitucionalidad sino que, paradójicamente, se puede apreciar en sus argumentos una desconfianza y una aproximación preventiva hacia la norma, que lo llevan a un activismo judicial que llega a concretarse incluso en declaraciones interpretativas innecesarias.

En el fondo de esta línea lo que se aprecia realmente es una clara devaluación del papel y el significado del Estatuto, que el TC no quiere considerar en ningún caso que ocupe un lugar relevante dentro del bloque de la constitucionalidad que pueda condicionar la función del TC como intérprete supremo de la Constitución. Para el Tribunal, la Constitución y el TC son los dos únicos protagonistas del escenario, quedando relegado el Estatuto a un papel claramente secundario.

Esta forma de ver las cosas lleva en numerosas ocasiones a tratar el Estatuto más como una norma autonómica que como una norma estatal, lo que ver-

daderamente es. En este sentido la Sentencia desactiva muchas disposiciones estatutarias con el argumento de que el Estado no puede quedar comprometido por el EAC y tiene que quedar libre para tomar sus determinaciones por ley ordinaria u orgánica, es decir, al margen de un marco sometido a un régimen de reforma especialmente rígido.

Sin embargo, esta visión del texto estatutario no sólo devalúa su papel como norma jurídica sino que también implica desconocer el valor de pacto político en que se basa el ejercicio del derecho a la autonomía reconocido por la Constitución y que se articula mediante un marco normativo de concurrencia de voluntades.

Por las razones que acaban de exponerse, puede concluirse que el TC ha cuestionado en su Sentencia dos elementos básicos que están implícitos en el pacto constituyente: el valor del EAC como norma jurídica en que se concreta el ejercicio del derecho a la autonomía dentro del marco de apertura y flexibilidad que permite la Constitución de 1978; y el valor de pacto político que representa el Estatuto, que el TC debería haber respetado ejerciendo un control de constitucionalidad especialmente medido y deferente hacia el legislador y el pueblo catalán, en función de estas dos premisas.

En otro orden de consideraciones, hay que subrayar asimismo que la Sentencia sobre el Estatuto pone fin, en la práctica, al intento de profundizar en el autogobierno dentro del marco que determina la Constitución. La voluntad política subyacente en la reforma del Estatuto se fundamentaba en la posibilidad jurídica de que la Constitución consintiera al legislador estatutario un margen de maniobra superior al que en su momento se había concretado en el Estatuto de 1979. Aunque hay que reconocer que en algunos aspectos concretos el Estatuto de 2006 podría situarse en el límite permitido por el marco constitucional, existía en Cataluña un amplio consenso sobre la existencia de este margen de maniobra en aspectos claves como es el caso, por ejemplo, del contenido material de la autonomía que se concreta en la atribución de competencias a la Generalitat, función que el artículo 147.3 CE remite claramente a los estatutos.

A pesar de ello, una de las conclusiones más claras y evidentes que se desprenden de la Sentencia es que este margen de recorrido resulta prácticamente inexistente, lo cual significa descartar en el futuro la utilización de la vía estatutaria para la mejora del autogobierno, con las consecuencias que de ello pueden derivarse no sólo en el plano jurídico sino también en el social y el político.

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ANTE EL ESTATUTO

Víctor Ferreres Comella*

La Sentencia del Tribunal Constitucional acerca del Estatuto de Autonomía de Cataluña nos obligará a los estudiosos, entre otras cosas, a reflexionar acerca de la «teoría de la justicia constitucional». Concretamente, nos llevará a refinar nuestras concepciones sobre las condiciones y las razones por las que resulta legítimo que una norma aprobada a través del proceso democrático sea finalmente descalificada por un órgano jurisdiccional. Después de tantos años durante los cuales muchos constitucionalistas han considerado que la llamada «dificultad contra-mayoritaria» que entraña el control judicial de la ley es un problema peculiar de los Estados Unidos, ya «superado» en Europa, la Sentencia sobre el Estatuto catalán nos muestra la necesidad de pensar seriamente sobre este clásico problema y de verlo a la luz de las circunstancias del momento actual.

Me refiero, naturalmente, a la reflexión sobre los fundamentos últimos de la justicia constitucional. Pues, desde un punto de vista formal, con la ley en la mano, nadie puede tener duda alguna acerca de la plena competencia del TC para resolver el recurso contra el Estatuto (artículo 27.2.a de la LOTC). Algunas voces absolutamente minoritarias han entendido que la LOTC es en este punto inconstitucional, al atribuir al TC un control sobre los estatutos que la Constitución no prevé. Además, se ha planteado la posibilidad de reformar la LOTC para impedir al TC pronunciarse en el futuro acerca de la validez de los estatutos. A mi juicio, la actual regulación de la LOTC es perfectamente constitucional. Es más: cabe argumentar que sería inconstitucional modificarla con el fin de que los estatutos gozaran de inmunidad frente al control por parte del TC. Los principios de supremacía de la Constitución, de jerarquía normativa, de sometimiento de los poderes públicos a la Constitución y al derecho, así como la cláusula general del Estado de derecho, apuntan todos ellos a la necesidad de establecer mecanismos para reaccionar jurisdiccionalmente contra las normas inferiores a la Constitución que contravengan lo dispuesto en ésta. En todo caso, la carga de la argumentación la tienen quienes defiendan la tesis de la absoluta

* Víctor Ferreres Comella, profesor de derecho constitucional de la Universidad Pompeu Fabra y Escuela Judicial.

singularidad de los estatutos, como únicas normas cuya validez, de reformarse la LOTC en la línea indicada, no podría ser contestada jurisdiccionalmente en nuestro sistema.

Se dice a veces que nuestra Constitución es tan abierta en materia de distribución territorial del poder que no existe posible parámetro bajo el que valorar la validez de los estatutos. Pero esta tesis no es plausible. Nuestra Constitución, en efecto, remite a los estatutos y a otras normas para cerrar la Constitución territorial, pero eso no significa que no diga nada sustancioso que pueda llegar a imponerse al legislador estatuyente. Cuántas cosas se extraigan de la Constitución para limitar al poder estatuyente depende, naturalmente, de cómo interpretemos la Constitución. Y la interpretación efectuada por el TC al asignar contenido específico a tales restricciones puede variar. Pero no parece aceptable zanjar, de entrada, esta cuestión a base de imposibilitar al TC para que fije cuáles son, en su caso, las restricciones constitucionales que, a su juicio, todo estatuto debe observar.

Ahora bien, aunque las cosas estén bastante claras desde un punto de vista jurídico-formal, lo cierto es que andamos necesitados de una buena teoría para legitimar de un modo más profundo que el TC pueda llegar a anular preceptos estatutarios que han sido aprobados, no sólo por los representantes políticos que integran los correspondientes parlamentos (autonómico y estatal), sino también por los ciudadanos en referéndum. Ciertamente, las cosas habrían sido más fáciles si el TC se hubiera podido pronunciar acerca de la validez del Estatuto catalán antes de la celebración del referéndum. Pero al no haberse efectuado la necesaria reforma de la LOTC para que tal control previo fuera posible, nos encontramos con una Sentencia que dice «no» a disposiciones que gozaron del respaldo de la inmensa mayoría de los ciudadanos que participaron en el referéndum.

Para contribuir al ensayo de una posible «respuesta» a la inevitable objeción democrática que aquí se plantea, me parece que se pueden decir algunas cosas. En primer lugar, conviene insistir en que no es una rareza, en derecho comparado, que normas aprobadas en referéndum sean invalidadas por los jueces. En los Estados Unidos, por ejemplo, «cuna» de la justicia constitucional, los jueces han tenido que pronunciarse con alguna frecuencia acerca de la validez de normas salidas de procedimientos de democracia directa, y no ha sido raro que hayan decretado su invalidez. Por poner dos casos importantes decididos por el Tribunal Supremo, la Sentencia *Gonzalez v. Raich*, 545 US 1 (2005) estima contraria al derecho federal una ley californiana aprobada en referéndum (relativa al uso médico de determinadas drogas), y la Sentencia *Romers v. Evans*, 517

US 620 (1996) invalida una reforma de la Constitución de Colorado aprobada en referéndum (que disminuía la protección del derecho a la igualdad por razón de orientación sexual).

En segundo lugar, hay que refinar la doctrina de la deferencia judicial. Aunque es muy razonable sostener que un tribunal debe ser muy deferente hacia el legislador cuando éste cuenta con el respaldo manifestado por los ciudadanos en un referéndum, habría que hacer una distinción, en función de si el legislador cuya obra se evalúa tiene o no competencia para regular la materia de que se trate. Si es plenamente competente, está justificado sostener que (por regla general) el juez sólo debe invalidar la norma aprobada en un proceso de tan alta intensidad democrática si está muy claro –más allá de toda duda razonable– que la norma es, en efecto, contraria a la Constitución. En el segundo caso, en cambio, cuando el legislador no es competente, la deferencia no tiene mucho sentido, pues la intensidad democrática del procedimiento sólo es valiosa si el procedimiento ha observado las reglas de competencia. Si se me permite un ejemplo extremo, a nadie le impresionaría que el Parlamento español, y los ciudadanos españoles en referéndum, aprobaran una norma acerca de cómo deben celebrarse los juicios penales en el Estado de Texas. El juez que tuviera que valorar la validez (o aplicabilidad, eficacia, etc.) de la norma en cuestión no tendría por qué ser muy «deferente», pues, en tal caso, tendría que plantearse una cuestión previa y fundamental, relativa al círculo de materias que pueden ser reguladas por el procedimiento democrático que se ha puesto en marcha.

Pues bien, creo que esta distinción puede arrojar alguna luz a la hora de preguntarse si el TC, en la Sentencia sobre el Estatuto catalán, ha sido o no poco deferente hacia el legislador. En principio, podríamos llegar a apreciar un bajo nivel de deferencia (es decir, podríamos apreciar un exceso de «activismo») en la parte de la Sentencia en la que se examinan opciones del legislador estatuyente que claramente se refieren a materias reservadas (o permitidas) al Estatuto. Quizás el tema de la lengua sea uno de ellos. Es más, podríamos decir que un modo de mostrar respeto al legislador es abrirse a la posibilidad de que la doctrina seguida hasta ahora por el TC sea reconsiderada, a la vista de la «discrepancia» que expresa ese legislador. El diálogo entre las instituciones democráticas y el TC es un sano ejercicio, que facilita una evolución crítica de la jurisprudencia. Quizás, por ejemplo, el automatismo con que el TC ha aplicado su doctrina en materia de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas es criticable desde este ángulo.

Ahora bien, muchas otras partes del Estatuto han sido desactivadas por el TC por entender que rebasaban el campo de cuestiones que pueden regularse en

un estatuto. Por poner un ejemplo sencillo, si el Estatuto no es la norma competente para fijar (aunque sea de modo indirecto y fragmentario) las atribuciones relativas del TSJ y del TS, entonces no hay más remedio que declarar que el Estatuto es inválido (o ineficaz, o inútil, etc.) por extralimitarse. Resulta irrelevante aquí con qué intensidad democrática ha sido aprobado el Estatuto. Es más, si estamos de acuerdo, por ejemplo, en que los tribunales de justicia integran un poder del Estado (y no de la Comunidad Autónoma), entonces no se entiende muy bien, en buena teoría democrática, por qué sólo han sido llamados a referéndum los ciudadanos de Cataluña (o de otras Comunidades Autónomas, como la andaluza, que han copiado partes de las disposiciones del Estatuto catalán en esta materia), excluyendo a los ciudadanos del resto de España. La única réplica que se me ocurre es que (por seguir con el mismo ejemplo) es posible tener 17 repartos de jurisdicción distintos entre el TS y el TSJ, en función de lo que diga cada Estatuto. En tales circunstancias, es correcto, sí, que sólo sean llamados a referéndum los ciudadanos de la Comunidad afectada por el nuevo reparto de funciones entre el TS y el TSJ, pero me parece dudoso que un esquema organizativo de este tipo sea sostenible. En todo caso, de admitirse un esquema de esta naturaleza, nos estaríamos alejando claramente de la senda federal (por la que nuestro sistema autonómico, una vez consolidado, tiene cierta vocación). En el sistema federal, el principio democrático opera básicamente del siguiente modo: cada región regula autónomamente sus órganos y asuntos propios (con democracia directa o representativa en el ámbito regional), y la federación en su conjunto regula los órganos y asuntos comunes (con democracia directa o representativa en el ámbito federal).

Por último, es interesante señalar que la Sentencia sobre el Estatuto ejemplifica bien una de las versiones de la famosa paradoja de la democracia. En efecto, por un lado, una norma aprobada con gran solemnidad democrática es invalidada por un tribunal de justicia, un órgano que tiene menor legitimidad democrática. Pero, por otro lado, el Tribunal hace lo que hace (en parte) para evitar una excesiva petrificación del ordenamiento jurídico, asegurando así que el proceso político ordinario esté abierto en el futuro a la posibilidad de que se sucedan cambios normativos en función del juego de las mayorías parlamentarias. La regla general en democracia es la mayoría simple, pues maximiza el «principio de reversibilidad de las decisiones normativas» (según recuerda el TC en el FJ 6). El TC, en muchos momentos de su Sentencia, desbroza el camino para que sea la ley «ordinaria» (estatal o autonómica) la que regule cierta materia, sin estar limitada innecesariamente por la norma estatutaria. Ciertamente, hay razones para desviarse de la regla de la mayoría simple en varios contextos,

y el constitucionalismo democrático no es otra cosa que el intento de justificar que la regla se vea excepcionada en una serie de supuestos. Pero no conviene convertir la regla de la mayoría en un procedimiento residual. En la medida en que pueda verse la Sentencia, en algunas partes, como una reacción a favor de la regla de la mayoría simple, tendríamos que concluir que el «coste» democrático que significa invalidar un precepto aprobado en referéndum se ve compensado, hasta cierto punto, por un «beneficio» democrático: se está garantizando que tanto el Estado como la Comunidad Autónoma, al ejercer sus respectivas competencias, podrán inclinarse a favor de una determinada opción legislativa, en función de la deliberación y negociación que se produzca en cada momento histórico entre los representantes políticos elegidos por el pueblo.