

## DE CONSTITUCIÓN NORMATIVA A NOMINAL

JORGE DE ESTEBAN ALONSO  
*Catedrático de Derecho Constitucional*  
*Universidad Complutense de Madrid*

### SUMARIO

- I. Introducción.
- II. El contexto de la Sentencia.
- III. Significado específico de los votos particulares.
- IV. Valor del voto particular de Javier Delgado.
- V. El juicio sobre el Preámbulo y el Título Preliminar.
- VI. Uso y abuso de las interpretaciones.
- VII. La atribución unilateral de competencias.
- VIII. La usurpación del poder constituyente.
- IX. Conclusión: la Constitución en estado de alarma.

### I. INTRODUCCIÓN

Llevábamos esperándola casi cuatro años ya, y, por fin, se hizo pública en los comienzos del verano de 2010, una vez superado el miedo escénico entre los Magistrados del Tribunal Constitucional, que no se atrevieron esta vez a devolver, como siempre, el toro al corral. Naturalmente, me estoy refiriendo a «la sentencia», la cual no podía ser otra que la relativa al *Estatut* de Cataluña.

Ahora bien, si esta decisión ha llegado a convertirse en «la sentencia» por antonomasia, no es por la importancia del *Estatut* en sí mismo, sino porque de ella dependía que España modificase, sin haber tenido un proceso de reforma como está regulado en su Norma Fundamental, el régimen constitucional vigente hasta entonces para encontrarnos ante otro distinto. Dicho en otras palabras: era posible que el órgano que tiene como misión defender y garantizar el cumplimiento de la Constitución, la cual fue aprobada por el pueblo español en referéndum, se sirviera del poder de interpretar que le confiere la propia Norma, para, mediante una interpretación *sui generis*, cambiarla en su esencia y en su espíritu. Ello ocurriría si en la sentencia no quedase muy clara una serie de puntos



que mencionaré más tarde, después de hacer ahora unas consideraciones de orden general.

Nadie duda de que las implicaciones entre razones políticas y razones constitucionales, que siempre gravitan en cualquier sentencia del Tribunal Constitucional, se verían incrementadas especialmente en la que se refiere al *Estatut*. Hasta el punto de que se tuvo que reformar la *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional* (LOTC), para «legalizar» una conducta que aunque ahora sea «legal», es claramente inconstitucional<sup>1</sup>. En efecto, me refiero a la modificación encubierta del artículo 160 de la Constitución, a través del nuevo apartado 4 del artículo 16 de la LOTC, en donde se dice ahora que si el mandato de tres años para el que fueron designados el Presidente y el Vicepresidente «no coincidieran con la renovación del Tribunal Constitucional, tal mandato quedará prorrogado para que finalice en el momento en que dicha renovación se produzca y tomen posesión los nuevos Magistrados». Es decir, que si sucede (como ha ocurrido en los últimos años, incluso con una vacante por fallecimiento), que ni el Gobierno ni la oposición tienen interés en nombrar a los nuevos Magistrados a causa de razones estrictamente políticas, la todavía Presidenta, cuando escribo estas líneas, con su voto de calidad, podría, al estar un tiempo indeterminado más, desempatar una votación en ventaja propia. En consecuencia, lleva ya más de cinco años en su puesto, violando así el mandato del artículo 160, que dice que el Presidente lo es por un periodo improrrogable de tres años, o, en su caso, mediante una nueva elección, por otro mandato de tres. Pero aquí no ha habido reelección sino que, contradiciendo el sentido más genuino de la existencia de la jurisdicción constitucional, que nace para que el poder legislativo no pueda ir contra la Constitución, obra del poder constituyente, una ley ha modificado la Constitución, y, precisamente, es la ley que regula el funcionamiento y la organización del guardián de la Constitución<sup>2</sup>.

Por supuesto, la inconstitucionalidad de las leyes sólo compete decidirla al Tribunal Constitucional, pero no hace falta esperar a su decisión, cuando se trata de algo tan simple como que «dos y dos son cuatro». Si la Constitución establece que el Presidente tiene un mandato de tres años y no se señala, ni siquiera en la LOTC (como ocurre en el caso de los otros Magistrados), que siguen en funciones hasta que tomen posesión los nuevos, la actual Presidenta tendría que haber convocado al Pleno para la elección del nuevo Presidente o, en todo caso, para que se le concediese una prórroga prudencial, como ocurrió en otros precedentes. Pero lo que es absolutamente intolerable es que el Poder Ejecutivo, a través de su mayoría, decidiese cambiar la Constitución, mediante la reforma de la LOTC, para que pudiera seguir la Presidenta hasta el momento en que se decidiera renovar el Tribunal, circunstancia que no podría ocurrir hasta que no se dictase la sentencia del *Estatut*.

Durante los debates del proceso constituyente, el Senador y catedrático, Carlos Ollero, señaló tres condiciones para la credibilidad del futuro Tribunal Constitucional. Primero, su independencia, señalando que el Tribunal no podía verse presionado, directa o indirectamente, por otros poderes del Estado. Segundo, su funcionalidad, intentan-

<sup>1</sup> Ver la Ley Orgánica 6/2007 de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 1/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

<sup>2</sup> Ver la «inconstitucional» sentencia del Tribunal Constitucional 49/2008 de 9 de abril, por la que se desestima el recurso de inconstitucionalidad planteado, con toda razón, por el PP.



do que el Tribunal no pueda perder competencias que, dada su naturaleza, a él, y solo a él, le deben corresponder. Y, tercero, su judicialidad, impidiendo que las decisiones del Tribunal puedan interpretarse como decisiones políticas, en lugar de cómo decisiones judiciales<sup>3</sup>.

Pues bien, este diagnóstico de Ollero, tan clarividente, se ha cumplido negativamente en la actualidad porque, como digo, el Gobierno ha manipulado al Tribunal cambiando la Ley que lo organiza para llevar el agua a su molino. Con la reforma de la Ley ha desposeído al Tribunal de la facultad que tenía el Pleno para nombrar al Presidente o decidir su prórroga prudencial. Y, además, la sentencia con la que resuelve el recurso de inconstitucionalidad que había presentado el PP contra la reforma de la LOTC, no es una decisión judicial, sino política, como ponen de manifiesto con toda claridad los tres votos particulares de los Magistrados disidentes. Pero hay algo peor en la reforma de la LOTC que ya no afecta al presente, sino que cara al futuro es aterrador. Al señalarse en el nuevo artículo 16.3 que no se cambiará de Presidente hasta que no se hayan renovado los Magistrados pertinentes, se deja al Gobierno que decida cuándo le conviene *políticamente* renovar el Tribunal y cambiar a un Presidente, el cual puede estar otro periodo de tres años sin haber sido elegido por el Pleno, sino mediante la argucia que se ha adoptado, y que hace que la Constitución y su sedicente guardián queden en manos de las conveniencias políticas<sup>4</sup>.

Se ha producido, en este caso, lo que la doctrina alemana denomina «reforma constitucional tácita», es decir, aquella que se realiza en el texto constitucional, sin alterar, no obstante, su literalidad, y que es también conocida como mutación constitucional. Y ello es muy grave, porque en nuestra Constitución hay dos tipos de plazos en la duración de los cargos: los plazos resolutorios y los plazos prorrogables. Entre los primeros, caben destacar: la Regencia, que acaba en el mismo momento en que el Rey cumple 18 años (artículo 59); las Cámaras de las Cortes que tienen una vida máxima de 4 años (arts. 68.4 y 69.6); el mismo plazo que existe para el Presidente del Gobierno; y, por último, el Presidente del Tribunal Constitucional, que no puede serlo más de tres años (art. 160). Estos plazos son resolutorios y no cabe ningún tipo de prórroga indefinida, sino exclusivamente el tiempo necesario para producirse el relevo. En efecto, no es un capricho del constituyente que se hayan establecidos estos plazos resolutorios y no prorrogables, porque con ellos se está confirmando el principio de la división temporal del poder, sin el cual no existe una verdadera democracia<sup>5</sup>. Si la Regencia no tuviese límite, si las Cámaras se pudiesen prorrogar, como en la Monarquía absoluta o en el franquismo, si el Presidente del Gobierno se pudiese eternizar en el puesto, o si el Presidente del Tribunal Constitucional se mantuviese más de tres años en el cargo, la democracia constitucional se resquebrajaría, dando lugar a los abusos del poder.

Por consiguiente, la reforma de la LOTC y la sentencia que resolvió el recurso de inconstitucionalidad han supuesto un ataque frontal a la Constitución, motivado por una

<sup>3</sup> Ver, *Constitución española. Trabajos parlamentarios*, Tomo IV, Cortes Generales, Madrid, 1989, pp. 4938 y 4939.

<sup>4</sup> Ver, por ejemplo, S. GARCÍA VÁZQUEZ, *La controvertida reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Andavira editora, Santiago de Compostela, 2009, p. 80.

<sup>5</sup> Ver, J. DE ESTEBAN, *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo I, Madrid, 2001, pp. 220 y ss.

cuestión política que afecta de lleno a nuestro modelo constitucional. Todos sabemos que el Tribunal Constitucional tiene que decidir cuestiones políticas, pero lo tiene que hacer judicialmente, es decir, con el parámetro de la Constitución y del Derecho, y no por razones de coyuntura política del Gobierno de turno, porque si el equilibrio entre la política y el Derecho se rompe a favor de la primera, el Estado de Derecho está herido de muerte. De ahí que, en este caso, habría que aplicar el adagio romano de *Quis custodiet ipsos custodes?*, o, dicho de otro modo, ¿quién controla a los que controlan la constitucionalidad de las leyes? Porque si en la norma que rige el propio funcionamiento del Tribunal, han sido tan alegres en su análisis, dándola por buena, qué cabría esperar que hiciesen en la sentencia del *Estatut*.

Todas las irregularidades que he comentado se han hecho en función de esta cuestión, con la cual está en juego el régimen constitucional que nos dimos los españoles en 1978. Por eso, era de temer que se utilizara, como así ha sido, el método de las sentencias interpretativas, que podríamos llamar también hermafroditas, como, por ejemplo, la que se dio con motivo del recurso de la LOPJ, en relación con el cambio del sistema de elección de los miembros del Consejo General del Poder Judicial<sup>6</sup>. Y ello es grave porque el *Estatut*, a pesar del lavado de cara que se le hizo en las Cortes, no encaja con el llamado Estado de las Autonomías, sino que es la pseudo-Constitución de un pseudo-Estado asociado (por ahora) al resto del Estado español.

De este modo, si el Tribunal Constitucional deseaba seguir siendo el guardián de la Constitución, no tenía más remedio que anular del *Estatut* todo lo que supere el contenido y espíritu de aquella, como, por ejemplo, la denominación de Nación, los símbolos nacionales, los derechos históricos, la supremacía del catalán, los derechos propios de los catalanes, el pueblo catalán como sujeto soberano, la bilateralidad, la financiación específica, o la minuciosa regulación de competencias que son propias del Estado y que se le sustraen a través de un desguace sistemático y detallista. Si la Constitución no se cambia antes, Cataluña no puede ser más que una nacionalidad con un número determinado de competencias, porque lo que no es posible es que sea un Estado dentro de otro Estado. La respuesta la tenía el Tribunal Constitucional, sabiendo que de ella dependía el futuro de los españoles y el suyo propio, según vamos a ver.

## II. EL CONTEXTO DE LA SENTENCIA

Cuando las oscuras nubes de la más que probable inconstitucionalidad del Estatuto catalán comenzaron a invadir el soleado cielo de los nacionalistas catalanes (que hasta entonces no habían dudado del servilismo, si no total, al menos mayoritario, del Tribunal Constitu-

<sup>6</sup> Ver, al respecto, mi libro *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo III, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho Complutense, pp. 674 y ss.

<sup>7</sup> Ver mis artículos en *El Mundo* «Los salteadores del Estado de Derecho», 7 de septiembre de 2009; «El pronunciamiento catalán», 27 de noviembre de 2009; «Una sola Nación: España», 11 de enero de 2010; «Otro paso más hacia el Estado catalán», 17 de febrero de 2010; «La Constitución amenazada», 25 de febrero de 2010; «El Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado», 22 de abril de 2010; etc.

cional), éstos comenzaron a buscar argumentos, primero para coaccionarlo y amedrentarlo, y, después, para tratar de invalidar la sentencia adversa que se les venía encima<sup>7</sup>.

Aunque pronunciaron críticas de todo tipo, la más importante y recurrente consistió en afirmar que un Tribunal formado por diez personas<sup>8</sup> «que no representaban a nadie», no podía repudiar una ley que había sido aprobada por el Parlamento de Cataluña, por las Cortes Generales y, por el electorado catalán, en referéndum. De ahí, que estos «demócratas» dedujesen que el Tribunal no estaba capacitado para invalidar en todo o en parte lo que habían aprobado los representantes del pueblo e, incluso, el mismo pueblo. Argumento que demuestra la supina ignorancia de estos nacionalistas de lo que es un Estado de Derecho, que ha adoptado el control constitucional de la ley. Ciertamente, hay dos razones que explican la legitimidad del proceder del Tribunal Constitucional en su Sentencia del 31/2010, de 28 de junio.

Por una parte, el control de constitucionalidad nace para demostrar que en un sistema de jerarquía normativa, la Constitución es la primera de las normas del Estado y, por tanto, ninguna otra la puede violar o contrariar, ya que representa el pacto político entre todos los españoles (incluida, naturalmente, la mayoría de los electores catalanes), que fueron llamados a aprobarla por referéndum el día 6 de diciembre de 1978<sup>9</sup>. La Constitución se convirtió así en la fuente de las fuentes del derecho, regulándose en ella, por tanto, los procedimientos para que se aprobasen las otras normas del Estado, incluidos los Estatutos de Autonomía a través de leyes orgánicas. En tal sentido, aunque el control previo de constitucionalidad que establecía el texto original de LOTC para los Estatutos y las leyes orgánicas se suprimió —lo cual fue un grave error que estamos pagando—, hay que convenir en que se ha seguido lo dispuesto en la Constitución en lo que se refiere a la aprobación del Estatuto.

Pero, por otra parte, se debe recordar asimismo que el control de constitucionalidad de las leyes, a fin de preservar la supremacía de la Constitución, lo que enjuicia siempre es si la *mayoría legislativa* de cada momento respeta el pacto fundacional del Estado y no trata de imponer leyes que choquen con lo establecido en la Constitución. El Tribunal Constitucional, como afirma Alexander Bickel, es una fuerza «contra-mayoritaria»<sup>10</sup>, que tiene su razón de ser en que las mayorías son cambiantes, mientras que la Constitución, si no se reforma según los procedimientos establecidos, debe permanecer intocable por encima de los excesos mayoritarios que muchos Gobiernos cometen.

Es más: resulta grotesco que los nacionalistas catalanes se erijan en guardianes de la soberanía del pueblo catalán —la cual, desde luego, no existe—, afirmando que el Tribunal Constitucional no puede modificar «ni una coma» de una norma que ha sido aprobada por el pueblo. Sin embargo, todos conocemos cómo se aprobó el Estatuto, comenzando por pedir la luna para ver qué pasaba, y, más tarde, en las discusiones de las Cortes, el PSOE nunca quiso ver lo que se estaba aprobando, porque allí operó «la férrea militancia» según denominación de Felipe González. Y lo que es más, al final quienes decidieron los puntos calientes del *Estatut* fueron José Luis Rodríguez Zapatero y Artur

<sup>8</sup> Como es sabido el Tribunal estaba formado sólo por 10 de sus 12 Magistrados, ya que un Magistrado falleció y otro fue recusado.

<sup>9</sup> Ver J. DE ESTEBAN, Estudio Preliminar, en *La Constitución española*, CEPYC, Madrid, 2001, pp. 15-30.

<sup>10</sup> A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, Yale University Press, New Haven, 1962, p. 16.



Mas, jefe de la oposición catalana, en unas jornadas intensivas en La Moncloa, es decir, al margen de lo que ya se había realizado en sede parlamentaria. En consecuencia, el Tribunal Constitucional, a pesar de todas las vicisitudes por las que ha pasado en los últimos cuatro años, no ha tenido más remedio que pronunciarse entre una inconstitucionalidad estructural del *Estatut*, que le hace ser incompatible con la Constitución *in toto*, y una inconstitucionalidad fraccionada, según la cual, sólo son inconstitucionales 14 artículos, mientras que 26 necesitan una interpretación conforme, para adecuarlos a la Constitución.

De este modo, como he escrito en los artículos citados (y en otros anteriores), y como he mantenido en entrevistas y conferencias desde el año 2005, el Estatuto no sólo es inconstitucional, sino que acaba con el Estado de las Autonomías que esbozaba la Constitución. La tardanza en dictar sentencia sólo tiene esta explicación, es decir, a los miembros del Tribunal se les había pedido algo que excedía de sus competencias, porque, dijese lo que dijese, la vigencia del *Estatut* y su desarrollo había acabado ya con la unidad del régimen constitucional español de 1978. Así y todo, terminaron por concluir en que no había más remedio que dictar una sentencia, pero que naturalmente no podría ser unánime, siendo finalmente mayoritaria con el resultado de 6 a 4. En tales circunstancias, los votos particulares de los cuatro disidentes de la sentencia, se muestran así como el verdadero poder contra-mayoritario, en la terminología de Bickel, ya que se orientan en contra de la doble mayoría de las Cortes Generales y del propio Tribunal Constitucional.

### III. SIGNIFICADO ESPECÍFICO DE LOS VOTOS PARTICULARES

Dejando al margen el voto particular concurrente de Eugenio Gay, sin ninguna trascendencia jurídica, los votos discrepantes emitidos por Javier Delgado, Ramón Rodríguez Arribas, Vicente Conde y Jorge Rodríguez-Zapata tienen tanto o más interés que la propia sentencia. De ahí que nos congratulemos de que nuestra Constitución, en su artículo 164.1, reconociese que en las Sentencias del Tribunal exista la posibilidad de emitir votos particulares, que deben ser publicados junto con ellas en el Boletín Oficial del Estado. Si no hubiese sido así, si no se hubiese conocido lo que manifiestan los cuatro Magistrados discrepantes, la sentencia hubiera tenido un menor impacto en su denuncia de la inconstitucionalidad manifiesta del Estatuto.

De este modo, hay que señalar que en nuestro Derecho histórico, no existía la figura del voto particular, es decir, tal como se conoce en el mundo anglosajón, con la categoría de la *dissenting opinion*, que naturalmente se hace pública, rompiendo así con el secretismo que en muchas ocasiones, aunque no siempre, ha imperado en los países de Derecho Continental europeo<sup>11</sup>. Es cierto que en España, en 1888, tras un apasionado debate, se acabó incluyendo, en la Ley de lo Contencioso-administrativo de 13 de septiembre del mismo año, y sólo para esta jurisdicción, la obligatoriedad de las opiniones discrepantes de los Magistrados, como contribución a la publicidad del proceso. Sin embargo, no duró

<sup>11</sup> Cfr. F. FERNÁNDEZ SEGADO, «La recepción del sondervotum en Alemania», *Revista de las Cortes Generales*, n.º 77, 2009, pp. 7-62.



mucho su vigencia, puesto que la reforma de la Ley unos años más tarde, acabó suprimiendo la figura de los votos particulares, que no acabaron de cuajar en nuestro sistema judicial<sup>12</sup>. Ahora bien, con todo, es evidente que una figura semejante, pero no idéntica, la del voto reservado, era habitual en la práctica de nuestros Tribunales. Como reconocía Prieto-Castro, «el Magistrado que disiente de la mayoría puede salvar su voto extendiéndolo, con motivación, dentro de las veinticuatro horas en el libro de votos reservados, en cuyo estado permanece hasta la interposición y admisión del recurso de casación. En cualquier caso, el voto reservado nunca se hacía público, poseyendo sólo un carácter testimonial»<sup>13</sup>.

En definitiva, fue nuestra Constitución de 1978 la que introduce ya de forma definitiva el instituto del voto particular para la jurisdicción constitucional. Sin embargo, la *Ley Orgánica del Poder Judicial* de 1985, en sus artículos 206.1 y 260 ha adoptado igualmente los votos particulares de los Magistrados, en la jurisdicción ordinaria, incluso con una mayor precisión de la que se recoge en la jurisdicción constitucional<sup>14</sup>.

En cualquier caso, desde el mismo nacimiento del Tribunal Constitucional, se han utilizado con cierta frecuencia los votos discrepantes para dejar constancia de que no siempre se da la unanimidad en las sentencias. De este modo, para el periodo que va de 1981 a 1994, según Luatti, hubo 245 sentencias, de un total de 2.854, con algún voto particular, lo que porcentualmente significa un 8.5 por 100<sup>15</sup>. Y en cuanto al periodo del 2000 al 2006, según Fernández Segado, de un total de 1983 sentencias, 328 incluían algún voto particular, lo que nos indica que porcentualmente se llegó al 16.5<sup>16</sup>. De este modo, resulta que en estos años se ha incrementado por dos el número de votos particulares, lo cual es algo saludable, como se demuestra en el caso que estudiamos. En efecto, de forma general podemos afirmar que los votos particulares, dejando de lado los argumentos en contra, son enormemente beneficiosos para la democracia, el pluralismo y el propio régimen constitucional. En primer lugar porque, de forma paradójica, pueden favorecer el consenso en el seno del Tribunal, en la medida en que la amenaza de su formulación, obligue a los demás Magistrados a tener en cuenta sus observaciones. En segundo lugar, porque los votos particulares obligan a que las sentencias sean fuertemente motivadas y argumentadas, frente a las opiniones discrepantes, a fin de convencer a la opinión pública. En tercer lugar, porque los votos particulares no hacen sino expresar la realidad de los debates internos que se dirigen a la formación de la voluntad del órgano, mostrando así a la opinión que el derecho no es una verdad revelada superior al hombre, sino que se construye contradictoriamente por medio de la confrontación y el debate. Y, por último, porque los votos particulares nos demuestran que, ante interpretaciones condicionadas por presiones políticas, siempre puede haber, como es el supuesto que estudiamos, una minoría que no se doblega ante la opinión mayoritaria.

<sup>12</sup> Ver G. CÁMARA VILLAR, *Votos particulares y derechos fundamentales en la Práctica del Tribunal Constitucional español (1981-1991)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 27.

<sup>13</sup> L. PRIETO-CASTRO, *Derecho Procesal Civil, tomo I, Librería General*, Zaragoza, 1955, p. 123.

<sup>14</sup> Cfr. J. DE ESTEBAN-P. GONZÁLEZ-TREVIJANO, *Tratado de Derecho Constitucional*, volumen III, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Madrid, 2000, pp. 213 y ss.

<sup>15</sup> L. LUATTI, *Profili costituzionali del voto particolare (L'esperienza del Tribunale Costituzionale spagnolo)*, Giuffrè Editore, Milano, 1995, 311 y ss.

<sup>16</sup> F. FERNÁNDEZ SEGADO, «La recepción del sondervotum en Alemania», *op. cit.*, p. 47.

De este modo, ante la clasificación de los Magistrados entre progresistas y conservadores, hay que señalar que se trata de una absoluta falacia, porque en el fondo lo que estaba en juego era la división entre los que daban la supremacía a la Constitución sobre el Estatuto y los que trataban de salvar el mayor número de artículos del *Estatut* a través de interpretaciones discutibles de la Constitución. La contienda, en definitiva, era más bien entre los constitucionalistas y los estatutarios, teniendo que admitir éstos últimos, pese a todo, la inconstitucionalidad manifiesta de varios artículos. Sin embargo, la cuestión estaba mal planteada desde el principio, ya que el Estatuto que aprobó el Parlament catalán, al igual que ocurrió con el llamado «Plan Ibarretxe», era claramente incompatible con la Constitución en su totalidad. A pesar de lo cual, la propuesta de Estatuto presentada por Ibarretxe fue rechazada en el Congreso de los Diputados (por 313 votos en contra, 29 a favor y dos abstenciones), mientras que el proyecto de Estatuto catalán fue admitido a trámite (por 197 votos a favor y 146 en contra, todos ellos del PP, y dos abstenciones). Políticamente se había consumado una clara discriminación, porque tanto un proyecto como otro rompían con la estructura del Estado de las Autonomías que estaba vigente. La diferencia fue que el Presidente Zapatero, buscando los votos catalanes para su elección, había prometido lo que no podía prometer.

El caso es que el PP, el Defensor del Pueblo y otros sujetos jurídicos; presentaron diversos recursos de inconstitucionalidad sobre aspectos concretos del *Estatut*<sup>17</sup>. Ahora bien, ninguno de ellos utilizó la posibilidad que, a mi juicio, podría deducirse del artículo 33 de la *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, al disponer que el recurso de inconstitucionalidad «debe concretar la Ley, disposición o acto impugnado, *en todo* o en parte», señalando el precepto constitucional que se entiende infringido, y que en este caso, hubiese bastado con mencionar los artículos 1.2 y 2 CE, puesto que la violación de los mismos invalidaba por contagio todo el texto del proyecto del Estatuto. Sin embargo, no se hizo así y los distintos recursos impugnaron determinados artículos del Estatuto, dando por admitido que éste podría adecuarse, con esos recortes, a la Constitución, lo que era imposible, pues un elefante, por mucho que adelgace, sigue siendo un elefante

#### IV. VALOR DEL VOTO PARTICULAR DE JAVIER DELGADO

Sea lo que fuere, nadie duda de que la sentencia que comentamos es la más importante de la historia del Tribunal Constitucional, por la sencilla razón de que el Estatuto no sólo ha significado un cambio cualitativo en nuestro sistema autonómico, en un intento de cambiar soberanía por autonomía, sino también cuantitativo, ya que ha iniciado un demencial proceso de reformas estatutarias de muchas Comunidades Autónomas que quieren seguir la estela marcada por Cataluña, con todo lo que eso comporta. Ni desde el punto de vista jurídico-constitucional, con un modelo de Estado que es una incógnita, ni desde la perspectiva económica, con unos gastos imposibles de sostener, hay futuro un claro para el llamado Estado de las Autonomías.

<sup>17</sup> Los últimos de los cuales (los interpuestos, concretamente, por el Defensor del Pueblo y el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de La Rioja) fueron resueltos por sendas Sentencias de 10 de diciembre de 2010.

Por consiguiente, ante la imposibilidad (más política que jurídica) de conseguir una sentencia dictada con unanimidad de los diez Magistrados participantes, como ocurrió por ejemplo con la sentencia 76/83 sobre la LOAPA, se podía haber obtenido al menos que los cuatro Magistrados discrepantes hubiesen redactado un solo voto particular firmado conjuntamente. Por las razones que sean, no ha sido así y cada uno de ellos ha elaborado y firmado su propio voto particular, lo que sin duda quita peso político y jurídico a unas opiniones discrepantes, que para muchos juristas, entre los que me cuento, son las que más se aproximan a la Constitución. Porque además, los argumentos que esgrimen, cada uno con su estilo particular, suelen ser reincidentes. En cualquier caso, el voto particular de Javier Delgado, me parece bastante esclarecedor, y en las siguientes líneas voy a intentar glosarlo de forma sistemática. De una primera lectura de su voto particular, que luego analizaremos con más detalle, se deducen fundamentalmente dos claros juicios: uno sobre el Estatuto y otro sobre la Sentencia.

En cuanto al primero, Javier Delgado parece sostener que el Estatuto sobrepasa con mucho lo que la Constitución define como Estatuto y, en tal sentido, no es que sea inconstitucional, es que está fuera de los límites de la Constitución, por lo que el Parlamento de Cataluña actuó en su elaboración como un poder constituyente. Y, en segundo lugar, Delgado sostiene que el Tribunal Constitucional, es decir, su mayoría, ha actuado no como un órgano jurisdiccional, que es lo que es, sino como un auténtico poder legislativo, ya que a efectos de que el Estatuto «encaje de alguna manera en la Constitución» —lo que es de todas luces imposible, en mi opinión— ha construido un nuevo Estatuto, a través de las interpretaciones que lleva a cabo de artículos inconstitucionales, pues frecuentemente atribuye un sentido diferente y a veces contrario al original, además de no percatarse de que son muchos también los artículos de los que no se dice nada y, sin embargo, no están tampoco dentro de la constitucionalidad. Pero vayamos ahora a analizar por sectores, las argumentaciones de Delgado.

## V. EL JUICIO SOBRE EL PREÁMBULO Y EL TÍTULO PRELIMINAR

Javier Delgado mantiene que los Preámbulos de las Leyes y, en especial, los de los Estatutos de Autonomía poseen una clara función interpretativa, como ha señalado numerosas veces el propio Tribunal Constitucional (SSTC 92/08, 103/08, 31/09 y 127/09, por citar tan solo las últimas). En efecto, cumplen la función de expresar y condensar el espíritu de la voluntad normativa configuradora del régimen jurídico y político.

Los Preámbulos explican el sentido de los preceptos y sirven de base fundamental para la interpretación de los conceptos, definiciones, principios y normas esenciales que se contienen en un Estatuto. Por tanto, son recurribles y pueden ser declarados inconstitucionales. En consecuencia, Delgado discrepa en este punto de la Sentencia, especialmente por el itinerario de su razonamiento, «pues entiende que el examen del Preámbulo ha de hacerse “al hilo del enjuiciamiento” de los preceptos impugnados (FJ 7) y yo creo que es al revés: al hilo del estudio del Preámbulo habrán de examinarse los preceptos re-

<sup>18</sup> Voto particular, p. 16.

curridos. En efecto, el Estatuto de Cataluña aquí impugnado es una ley profundamente coherente: la quintaesencia está en el Preámbulo, que tiene su directo reflejo en el Título Preliminar, que a su vez se desarrolla en el resto del articulado»<sup>18</sup>.

De este modo afirma, con toda la razón, que la definición de Cataluña como nación es la clave esencial para entender lo que significa el Estatuto, por lo que el Magistrado sostiene que «con todo respeto al pueblo catalán... es indudable que en un sentido jurídico-constitucional no hay más que una nación que es la Nación española — Preámbulo y artículo 2º CE —, de suerte que la definición de Cataluña como nación y su consideración como realidad nacional —párrafo 14 del Preámbulo del *Estatut* — resultan inconstitucionales»<sup>19</sup>. Por consiguiente, Delgado no está de acuerdo con el punto primero del Fallo, redactado para tranquilizar algunas conciencias, pero que en el fondo no es más que un brindis al sol<sup>20</sup>. Por tanto, se debería haber declarado la inconstitucionalidad de la definición de Cataluña como nación.

Sea lo que fuere, del concepto de nación se derivan las siguientes cuestiones que pasamos a analizar. En cuanto a los derechos históricos como fundamento del Gobierno (Párrafo 10 del Preámbulo y art. 5º EAC), fuente de legitimidad distinta de la Constitución y preexistente a ella, son claramente inconstitucionales. Pero para salvar esta inconstitucionalidad manifiesta, la Sentencia en su FJ 10, hace decir al Preámbulo y al artículo 5º lo contrario de lo que dicen, a juicio de Delgado. Según el art. 2.º4 del Título Preliminar los poderes de la Generalitat emanan del pueblo de Cataluña, lo cual es otra consecuencia de la definición de Cataluña como nación. Pues bien, aquí también la sentencia elude esta declaración del texto, atribuyéndole un significado diferente. Lo mismo sucede con la bilateralidad, mediante la cual se quieren acoger las relaciones entre la Nación española y la catalana, por lo que Delgado mantiene su clara inconstitucionalidad, que alcanza lógicamente también al art. 183. Otra consecuencia de la definición de nación, es la que se refiere a los símbolos nacionales, y aquí mantiene Delgado que si el FJ.12, de la Sentencia dice que la Constitución no reconoce más Nación que la española, *de facto* se está reconociendo, por tanto, la inconstitucionalidad de los símbolos nacionales reconocidos en el artículo 8º del Estatuto.

Por último, una mención especial, requiere el problema de la lengua catalana. El art. 6.1 del EAC prescribe que el catalán es la lengua de uso normal, lo que significa que el castellano no es entonces lengua de uso normal y, por tanto, se encontraría —como se encuentra realmente— en un segundo plano, violándose así la Constitución. Pues bien, la Sentencia ha encontrado el remedio para solucionar el problema: basta con cambiar el artículo determinado *la*, por el indeterminado *una*, esto es, se afirma ahora que el catalán es una lengua de uso normal, lo cual significa que el Tribunal Constitucional ha cambiado la propia literalidad del Estatuto. Y parecido argumento lo utiliza igualmente para evitar la inconstitucionalidad del mismo artículo, en donde se dice que normalmente el catalán es la lengua vehicular para la enseñanza. Por otro lado, existe otro escollo en el apartado 2 del mismo artículo, al obligar a «todos los ciudadanos de Cataluña» a que

<sup>19</sup> *Ibidem*, pp. 2 y 16.

<sup>20</sup> Como es sabido la propuesta de esta «aclaración», la hizo el Magistrado, Manuel Aragón, para salir del *impasse* en que se encontraban y porque creyó, de buena fe, que serviría para algo. Dios le oiga.

aprendan el catalán. Pero la Sentencia lo salva, diciendo que se refiere sólo a algunos ciudadanos. Así pues, éstos y otros supuestos parecidos, son para Javier Delgado claramente inconstitucionales.

## VI. USO Y ABUSO DE LAS INTERPRETACIONES

Como era de esperar, la Sentencia utiliza la técnica de las interpretaciones conforme, como forma de eludir la clara inconstitucionalidad de muchos artículos. Pero lo grave de la cuestión no es para Javier Delgado el uso de las interpretaciones, técnica utilizada frecuentemente en el Tribunal Constitucional (STC 108/86), sino su abuso por dos razones. En primer lugar, porque en una Sentencia tan importante como es ésta, en donde está en juego la propia naturaleza de nuestro régimen constitucional, se tenía que haber sido más cauto, hasta el punto de que algún ex Presidente del Tribunal, como Pedro Cruz Villalón<sup>21</sup>, o Manuel Jiménez de Parga, se han pronunciado en contra de este tipo de sentencias para asuntos tan graves como es la viabilidad del sistema autonómico. Pero es que además, la crítica de Javier Delgado se basa en el abuso de este tipo de interpretaciones, porque gran parte de ellas ni siquiera se incluyen en el Fallo, así, por ejemplo, el Párrafo 15 del Preámbulo, el artículo 2.4 (FJ 8), el artículo 3.1 (FJ 9), etc.

En todo caso, Javier Delgado no está en contra de las sentencias interpretativas (las cuales define en la página 7 de su voto particular), pero siempre que cumplan unas condiciones que, desde luego, no se dan en este caso. Según él, la Sentencia acerca el Estatuto en muchos pasajes a la Constitución, pero atribuyéndole un sentido diferente o contrario al que resulta de su texto original. Hasta el punto de que, en cierto sentido, el Tribunal crea un nuevo Estatuto. Y de esta manera expone cuáles son algunos de los resultados de esta manipulación jurídica. En primer lugar, aparece, a través de las interpretaciones, un nuevo mandato, como en el caso de los derechos históricos, la lengua catalana, o la participación de la Generalitat en las instituciones del Estado. En segundo lugar, la Sentencia evita la declaración de inconstitucionalidad, privando a muchos preceptos de sentido normativo, para lo cual se vale, por ejemplo, de la expresión «en todo caso». En tercer lugar, cambia la obligatoriedad de la Disposición Adicional 3ª del Estatuto, según su interpretación. En cuarto lugar, tiene especial relevancia lo referente a los artículos 110, 111 y 112 del Estatuto, normas jurídicas que imponen las funciones que se integran en la Generalidad, pero que fueron ya rechazadas por la STC 76/83, para declararlas ahora como «preceptos descriptivos», suprimiéndoles la eficacia jurídica, es decir, despojándolos de sentido normativo para convertirlos en meras pretensiones o sugerencias. De este modo mantiene que, con la Sentencia, el Tribunal riza el rizo al pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de muchos preceptos, pero sin declararlos nulos, y todos sabemos que sin nulidad no hay inconstitucionalidad.

## VII. LA ATRIBUCIÓN UNILATERAL DE COMPETENCIAS

<sup>21</sup> P. CRUZ VILLALÓN, «El estado del Tribunal Constitucional», *Claves de razón práctica*, n.º 191, 2009, pp. 4-13.

Otra de las características del Estatuto, según pone de manifiesto Javier Delgado, se refiere al hecho de que se atribuye indebidamente muchas competencias de forma unilateral. Según la Constitución, en su artículo 147, un Estatuto de Autonomía tiene un contenido esencial o mínimo. Si no recoge esas materias enumeradas allí, aunque contenga otras, no será un Estatuto.

Por otro lado, el Estatuto es fruto de una competencia conjunta entre el Estado y la Comunidad Autónoma, esto es, el Estatuto es consecuencia de una doble voluntad (STC 59/90), y de ahí se derivan dos consecuencias. Por una parte, que sólo puede utilizarse este procedimiento en las materias que sean objeto de competencia conjunta. Y, por otra, que en la competencia conjunta, ninguno de los dos cotitulares puede modificar unilateralmente el Estatuto, porque sería alterar el orden constitucional de competencias.

Pero es que además el Estatuto se aprueba por Ley Orgánica, lo que comporta lo siguiente. Es evidente que la rigidez del ordenamiento jurídico debe tener en cuenta la congelación de rango, propio de las leyes orgánicas, por lo que no debe utilizarse más que en los supuestos previstos. Ahora bien, el Estatuto ¿debe admitir sólo las materias previstas en la Constitución o, por contrario, puede permitir otras distintas con un contenido adicional? Ciertamente, en las leyes orgánicas en general se ha admitido la inclusión de otras materias conexas (STC 137/86), pero siempre que concurren dos requisitos. Por un lado, que exista una relación directa con la materia reservada por la Constitución y, por otro, que esta inclusión sea precisa para que pueda cumplir su función. De este modo, esta circunstancia extraordinaria se ha admitido también en los Estatutos. Por lo demás, se debe tener en cuenta que el legislador de todos los Estatutos es siempre el mismo, mientras que son 17 los legisladores autonómicos, lo cual puede tener una grave incidencia en el principio de igualdad, como veremos.

Volviendo al tema de la congelación de rango, Javier Delgado se pregunta si ésta afecta también a las materias conexas, lo cual implicaría dos soluciones: por una parte, que se adoptase una diversidad de regímenes para la reforma de los Estatutos, unas materias por una vía y otras por otra. Y, por otra, que se estableciese un régimen uniforme para todo el Estatuto, solución esta última que es la que se ha adoptado en nuestra jurisprudencia. De este modo, se deduce que hay que tener mucho cuidado con las materias conexas que se incluyen en los Estatutos, habida cuenta de las dificultades que habrá después para reformarlas. Por eso, el criterio es que sólo se incluyan materias realmente conectadas con las materias constitucionalmente reservadas al Estatuto y que sean un complemento adecuado.

Pues bien, los redactores del Estatuto se han aprovechado de la circunstancia de la congelación de rango, para incluir muchos preceptos con materias que exceden del campo propio de la competencia conjunta del Estado y de las Comunidades Autónomas, a fin de que no sea fácil su modificación. Materias que a juicio de Javier Delgado están contenidas en artículos claramente inconstitucionales y, por tanto, nulos. En la página 45 de su voto particular, Javier Delgado incluye una larga lista de artículos, a su juicio inconstitucionales y nulos, por incluir competencias que no le corresponden y que han sido reguladas de forma unilateral. Del mismo modo, afirma que el Título VI del Estatuto, relativo a las competencias financieras de Cataluña, invade igualmente en algunos de sus preceptos, el artículo 149.1.14 de la Constitución

## VIII. LA USURPACIÓN DEL PODER CONSTITUYENTE

En 1983, cuando el Gobierno de Calvo-Sotelo quiso poner orden en el caótico proceso autonómico que la Constitución había dejado sin completar, redactó la llamada LOAPA que inmediatamente fue recurrida por los nacionalistas vascos y catalanes, alegando, entre otros argumentos, que era una reforma encubierta de la Constitución<sup>22</sup>. Se dijo entonces que el artículo 167 de la CE alude literalmente a «los proyectos de reforma constitucional», no a los proyectos que impliquen una reforma constitucional; los efectos de reforma no son consecuencia del contenido del Proyecto, sino de su tramitación y todo proyecto de Ley que no siga los trámites del art. 167 no puede implicar una reforma constitucional Y en los fundamentos jurídicos de esta sentencia (STC 76/83), se afirma: «Lo que, en todo caso, las Cortes no pueden hacer es colocarse en el mismo plano del poder constituyente realizando actos propios de éste... La distinción entre poder constituyente y poderes constituidos no opera tan sólo en el momento de establecerse la Constitución; la voluntad y racionalidad del poder constituyente objetivadas en la Constitución no sólo fundan en su origen sino que fundamentan permanentemente el orden jurídico y estatal y suponen un límite a la potestad del legislador».

Era necesario traer a colación esta curiosa sentencia del Tribunal Constitucional, porque en la Sentencia que comentamos, semejante idea no sólo no se ha seguido, sino que ha sido transgredida por tres instituciones del Estado (Parlamento catalán, Cortes Generales y Tribunal Constitucional), que han querido ejercer de poder constituyente constituido, reformando la Constitución de manera encubierta, sin los trámites del artículo 167. En consecuencia, Javier Delgado recuerda en su voto particular la tesis que ha mantenido tradicionalmente el Tribunal Constitucional (SSTC 76/83, 118/96, 157/04, 247/07...). Así las cosas, hay tres sectores en que el Parlamento de Cataluña, con la complicidad de las Cortes Generales y la mayoría sustentadora de la Sentencia del Tribunal, han ejercido como poder constituyente.

En primer lugar, la Justicia, ya que en los artículos 97, 98 y 99 del EAC se crea un órgano nuevo, el Consejo de Justicia de Cataluña, en tanto que órgano de gobierno del Poder Judicial en Cataluña y que actúa como órgano desconcentrado del CGPJ. Como la cuestión es tan grave, la sentencia, admitiendo que en efecto es inconstitucional, convierte al Tribunal Constitucional en poder constituyente e inventa otra cosa, convirtiéndolo en órgano de la Generalitat, que ejercerá algunas de las funciones que debía realizar el Consejo de Justicia del Estatuto. Además, existen otras cuestiones relacionadas con la Justicia, que, a juicio de Javier Delgado, son también inconstitucionales, como el art. 33, o el 102 EAC.

En segundo lugar, es claro que no puede haber diferencias sustanciales en los respectivos Estatutos en relación con los derechos, porque son obra de un mismo legislador, pues aunque se admiten las diferencias entre Comunidades Autónomas, éstas se encuentran obligadas por el artículo 139.1 CE. De esta forma, Javier Delgado, cree que son

<sup>22</sup> A este respecto ver mi libro *Jaque al Estado*, Libertarias, Madrid, 2000, especialmente, pp. 259 y ss.



inconstitucionales los artículos 15.1.2, 20, y 21.1.2., que reconocen ciertos derechos únicamente a los catalanes.

Y, finalmente, el Estatuto adopta una forma peculiar de reforma del Estatuto, incluida la celebración del referéndum, que no se atiene a lo que señala la Constitución. Para otras cuestiones, el discrepante se remite al voto particular de Vicente Conde, tan demoledor de la sentencia como éste de Javier Delgado, y en el que nos demuestra su valor e inteligencia como jurista.

En definitiva, los votos particulares de los cuatro Magistrados disidentes vienen a demostrar con sus argumentaciones, aunque sea de forma implícita, no sólo que el Estatuto *in toto* es incompatible con la Constitución, sino que incluso resultará imposible el funcionamiento de nuestro Estado de las Autonomías, tras la vigencia plena de un Estatuto que no merece ese nombre, porque, además, los que le han imitado ya, según el principio emulativo, están introduciendo asimismo elementos disfuncionales que no podremos superar. España nuevamente se encuentra en búsqueda de un modelo de Estado, cuya concreción territorial se desconoce por el momento<sup>23</sup>.

## IX. CONCLUSIÓN: LA CONSTITUCIÓN EN ESTADO DE ALARMA

La vigente Constitución, ciertamente y como toda obra humana, no es perfecta. No obstante, en los 32 años que cumple en los días en que escribo estas líneas, desde su aprobación por el pueblo español, ha regido el periodo más próspero y fecundo de toda nuestra historia constitucional. La razón de ese relativo éxito se encuentra en que, por primera vez en España, se había aprobado una Constitución hecha por todos y para todos sin excepción. Todos, salvo los que se autoexcluyeron voluntariamente, nos hemos sentido amparados por ella. Pero esta situación, desgraciadamente, ya no es así.

En efecto, especialmente desde la llegada al poder del actual Gobierno presidido por Rodríguez Zapatero, la Constitución, como esas telas de mala calidad cuando se lavan, se ha ido encogiendo y hoy ya no constituye el baluarte con el que los ciudadanos han contado hasta ahora frente a los abusos del poder. Lo que quiero señalar es que la Constitución en el año 2010, ya no tiene la misma virtualidad jurídica que en el año 1978. Pero para entender esto mejor, podemos recurrir a la clasificación de las Constituciones, que formuló uno de los mejores constitucionalistas alemanes, Karl Löwenstein, en la que se distingue entre *normativas*, *nominales* y *semánticas*. Las *normativas*, son aquellas que poseen una vinculación jurídica inmediata y en las que sus normas dominan el proceso político o, a la inversa, el proceso del poder se adapta a los preceptos de la Constitución y se somete a ellos. Las *nominales*, aún poseyendo un cierto valor jurídico, no rigen la dinámica del proceso político puesto que no se adapta a sus normas y, por tanto, la Constitución carece de realidad existencial. Por último, las *semánticas* consisten en que aparecen como una mera apariencia o disfraz, puesto que ni tienen valor jurídico, ni el proceso político se ajusta a sus normas<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> Ver, a este respecto, el libro de F. SOSA WAGNER y M. FUERTES, *El Estado sin territorio. Cuatro relatos de la España Autonómica*, Madrid, 2011.

<sup>24</sup> K. LÖWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1976, pp. 216 y ss.



Pues bien, el desarrollo constitucional de estos últimos años nos señala así que nuestra Constitución, que nació con la vocación ineludible de ser una auténtica Constitución normativa, ha ido perdiendo valor jurídico y político en estos años hasta pasar a convertirse en una Constitución nominal. Probablemente la razón de más peso para entender por qué se ha producido esta mutación, hay que buscarla en la orientación que desde el principio de su elección, tomó el Presidente Rodríguez Zapatero y sus Gobiernos. La piedra angular de nuestra Constitución, que se basa en el consenso, con la que todos podían gobernar, rápidamente ha sido interpretada y aplicada a favor de la mayoría socialista y de sus aliados, los partidos nacionalistas. Se empezó a gobernar así, desvirtuando el espíritu de la Constitución, adoptándose un cierto marchamo revanchista que ha producido como resultado la aberrante Ley de Memoria Histórica, destinada a perpetuar el espíritu de la guerra civil. De esta manera, casi la mitad de los electores españoles, representados por el Partido Popular, quedaban al margen de ciertas decisiones fundamentales que debían haber sido aprobadas por consenso.

Es más: la alianza estratégica del Gobierno del PSOE con los partidos nacionalistas catalanes, de clara ideología separatista, contribuyó a la inoperancia de la Constitución<sup>25</sup>. La iniciativa, impulso y aprobación del Estatuto catalán, que desbordaba claramente el marco constitucional, fueron llevados a cabo principalmente por el Presidente del Gobierno, hasta el punto de que también alentó que el PSC (en principio un partido sometido a la disciplina del PSOE, e integrado en el mismo grupo parlamentario en el Congreso), diese a luz la formación de los Gobiernos tripartitos, es decir, junto con dos partidos independentistas, que han gobernado Cataluña en estos últimos ocho años. De este modo, un partido nacional, que debe respetar lo que dice el artículo 2 de la Constitución, al señalar que se «fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española», ha estado gobernando con nacionalistas que no aceptan la Carta Magna y cuyo objetivo es la separación de España<sup>26</sup>. Durante su mandato han legislado y tomado decisiones que iban contra los derechos de muchos españoles en Cataluña reconocidos en la Constitución.

Ante esta situación, como es sabido y ya se ha recordado anteriormente, el PP y el Defensor del Pueblo recurrieron el Estatuto de Cataluña ante el Tribunal Constitucional, cuya sentencia se ha demorado cuatro años, porque las razones jurídicas no querían someterse a las razones políticas. Con todo y con eso, la Sentencia ha demostrado la inconstitucionalidad manifiesta de la Norma catalana, pero no ha sido aceptada por los partidos catalanes, los cuales han promovido una manifestación (presidida

<sup>25</sup> A este respecto, O. ALZAGA, en su reciente e interesante libro, *Del consenso constituyente al conflicto permanente* Trotta, Madrid, 2011, p.96, afirma que «no se puede sostener la estabilidad de un Estado fuertemente descentralizado como el nuestro, haciendo depender de los nacionalismos la propia estabilidad del gobierno».

<sup>26</sup> En este sentido, son significativas las palabras del reciente Premio Nobel de Literatura, Mario Vargas Llosa, buen conocedor de España, que, por ejemplo, ha declarado: «España, un caso realmente feliz, ha conocido una Transición que el mundo entero admiró, pero que ahora vive el problema de los nacionalismos periféricos como un problema muy grave, y que es una constante amenaza a la convivencia, a la legalidad», entrevista en el periódico ABC, 4 de noviembre de 2010.



por el propio Presidente de la Generalitat en aquel momento) en contra del Tribunal Constitucional, es decir, en contra de la Constitución.

Después de las recientes elecciones catalanas, sin embargo, no parece que las cosas vayan a cambiar, pues a los nacionalistas de izquierdas les han sucedido los nacionalistas de derecha. Es sintomático, a este respecto, que el próximo Presidente de la Generalitat, Artur Mas, haya declarado lo siguiente: «Si España quiere que Cataluña esté dentro del Estado, algo tiene que hacer. Lo que no puede hacer es simplemente imponer un texto del año 78 que se hizo en las condiciones que se hizo. Si se coge la Constitución como la ha cogido el TC, es un desastre monumental reconocido por los padres catalanes [sic] de la Constitución, que no son sospechosos...».<sup>27</sup>

En resumidas cuentas, tanto las reivindicaciones de un concierto económico para Cataluña, al estilo vasco, las promesas del Presidente del Gobierno y de su Ministro de «Injusticia», para corregir la plana al Tribunal Constitucional dándoles a los nacionalistas las competencias que no les reconoce la Sentencia, como igualmente el pacto insólito entre el Gobierno y el PNV, partido en la oposición, que a cambio de su apoyo en los Presupuestos del Estado ha conseguido que se reconozcan competencias al País Vasco que no permite la Constitución, son las muestras más palpables de que están sonando todas las alarmas de que nuestra Constitución está punto de convertirse en una Constitución nominal, en la terminología de Löwenstein. Porque las Constituciones, como señala este autor, no cambian tan sólo a través de enmiendas constitucionales formales, sino que están sometidas, quizás en mayor grado, a metamorfosis imperceptibles que sufre toda norma establecida por efecto del contexto político. Pero no sólo eso, sino que los gobernantes, que son los máximos garantes del cumplimiento de la Constitución, han sido con frecuencia, como he demostrado, los primeros que conculcan los preceptos constitucionales, a fin de favorecer sus intereses políticos. En cualquier caso, la primera víctima del estropicio de la Constitución, ha sido el propio Tribunal Constitucional, que ha sido trastocado, sin modificar aquella, lo que es sumamente grave, en cuestiones como, por ejemplo, las que hemos señalado ya, que se refieren a la duración del mandato del Presidente y de varios de sus Magistrados, modificando en dos ocasiones la Ley Orgánica por la que se rige, en contra de lo que indica la propia Constitución, que ha sido violada, como hay que insistir una y otra vez, rompiendo así la seguridad jurídica que debe regir en todo Estado de Derecho.

Parece una perogrullada, pero no lo es. Lamentablemente, el Tribunal Constitucional, emponzoñado por los políticos y con grandes dosis de autoenvilecimiento, se ha ido colocando al margen de la Constitución, porque ni siquiera él es riguroso con lo que dice la Norma Fundamental. A esta conclusión hay que llegar, si nos atenemos a lo que ha ido sucediendo tras su sentencia afirmando la constitucionalidad de las reformas de la su Ley Orgánica y , especialmente, tras la renovación parcial en que se han nombrado cuatro nuevos Magistrados por el Senado y en espera de que se nombren cuatro más por el Congreso de los Diputados, cuando se acabe el empecinamiento del del PP por mantener a un candidato al que se le discuten las condiciones para ser Ma-

<sup>27</sup> Ver *El Mundo*, 23 de noviembre de 2010.1



gistrado, y que está impidiendo que el Tribunal funcione al completo, y para acabar de rizar el rizo, la irregular modificación de la *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional* para cubrir con el manto de la legalidad algunas de estas tropelías

Habría que pensar que los hados se han olvidado del Tribunal Constitucional y que, en consecuencia, entre unos y otros, el guardián de la Constitución, renovado días parcialmente, sigue dando tumbos, a la búsqueda del prestigio perdido. Pero así, evidentemente, no lo recuperará, y, sin embargo, conviene recordar que es un órgano del Estado indispensable para nuestra democracia. Dejando de lado otras cuestiones, me voy a centrar en el hecho de la violación que los partidos políticos y el propio Tribunal, han llevado a cabo en la cuestión concreta de los plazos que establece la Constitución. y que en parte ya mencioné mas arriba. En efecto, en ella es muy amplia la descripción de plazos y duración de mandatos, los cuales se establecen de manera completamente clara. Por poner algunos ejemplos de los muchos que se incluyen en la Constitución, mencionemos los siguientes: el artículo 17.2 prescribe que nadie podrá ser detenido .más de 72 horas, teniendo que ser dejado en libertad o a disposición del juez; los artículos 68-4 y 69.6 señalan que el mandato de diputados y senadores dura cuatro años, salvo que se disuelvan antes las Cámaras, según lo previsto en el artículo 115. En otras palabras: los plazos que se establecen y la duración de los mandatos de los diferentes cargos u órganos recogidos en diferentes artículos constitucionales, no se debe exclusivamente a un intento de racionalización dirigido al buen funcionamiento del Estado, sino que sobre todo constituyen la base de uno de los pilares del Estado de Derecho, que no es otro que el de la seguridad jurídica. Este principio, reconocido también en el artículo 9.3 de la propia Constitución, viene a señalarnos que sin la previsibilidad de los actos no puede haber un orden jurídico justo.

Pues bien, esta exigencia de la seguridad jurídica no sólo la tiene que hacer cumplir el Tribunal Constitucional a los ciudadanos y a los actores políticos, sino que sobre todo tiene que cumplirla él mismo, en lo que respecta a todas las previsiones constitucionales, porque si el policía delinque cómo se va a exigir después a los otros ciudadanos que no lo hagan. Sin embargo, en estos últimos años, y ahora también en los momentos presentes, el Tribunal Constitucional, en colaboración con los políticos, o en solitario, ha violado la Constitución, destrozando la seguridad jurídica en lo que se refiere concretamente a los plazos previstos en la Constitución. Pero con ello, no sólo destruían la seguridad jurídica, sino que incluso renegaban de su independencia, a la que están obligados por el artículo 159.5 de la Constitución. Porque la independencia judicial no significa, como podría pensarse, que no pueden estar condicionados en sus decisiones por motivaciones o sujetos políticos, por sorprendente que parezca. La independencia judicial lo que viene a señalarnos paradójicamente consiste sobre todo en que los jueces y magistrados tienen que tener una absoluta *dependencia* de lo que dicen la Constitución y las leyes. En este aspecto no pueden ser independientes para interpretar a su aire lo que no puede ser interpretable, como son los plazos y la duración de los mandatos .. En tal sentido, por tanto, podemos señalar una última violación de la Constitución realizada por el propio Tribunal Constitucional que no augura nada bueno del futuro que le espera.

Por otro lado, como he tenido ocasión de exponer junto con mi colega Enrique Gimbernat, en un reciente artículo *Un crimen perfecto*<sup>28</sup>, la última «fechoría» jurídica de los dos grandes partidos —esta vez curiosamente al unísono—, ha sido, por causa de su incapacidad para ponerse de acuerdo en el momento preciso, la de reformar otra vez la LOTC a fin de señalar que los Magistrados no tendrán un mandato de nueve años, como señala el artículo 159.3 de la Constitución, sino menos tiempo en función de la fecha en que se renueve el Tribunal a voluntad de los partidos. Me remito, pues, a las reflexiones que se exponen en dicho artículo, pero para demostrar que no puede haber excepciones en el periodo de 9 años, baste señalar que únicamente la propia Constitución, en su Disposición Transitoria Novena, reguló la situación especial del primer Tribunal, pues para que se pudiese renovar por tercios había que acortar el mandato de los Magistrados en las dos primera renovaciones, pero, como dice la Disposición, «a partir de entonces se estará a lo establecido en el número 3 del artículo 159». Pero, como es obvio, no ha sido así.

Y, vayamos, por último, a una nueva «fechoría», esta vez cometida por el Tribunal Constitucional en solitario. Por supuesto, no voy a entrar ni en el «ejemplar» hecho de que haya sido elegido un Presidente, que no es presumiblemente el más adecuado para llevar a cabo la regeneración del maltrecho Tribunal, ni tampoco en la paradoja de que al constitucionalista más preparado entre los Magistrados, Manuel Aragón, le haya sido negada la Presidencia por defender que España, según la Constitución, es la única Nación jurídicamente hablando, lo cual es sorprendente. Me refiero ahora a que el nombramiento de Eugenio Gay como Vicepresidente, es nulo de pleno derecho según lo que señala el artículo 62.1 f y d, de la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo, por la sencilla razón de que según el artículo 9.4 y 16.3 de la LOTC, el Presidente y el *Vicepresidente* del Tribunal son elegidos por un periodo de tres años, es decir, cuando les falten, según su caso, seis o tres años para acabar el mandato de nueve. Ahora bien, en el caso de Eugenio Gay ya se cumplieron sus nueve años de mandato en noviembre pasado, y aunque siga de Magistrado hasta en tanto no se produzca la renovación de los cuatro Magistrados que debe designar el Congreso de Diputados, se encuentra en una situación de interinidad. Por tanto, no puede ser elegido para el cargo, porque no le quedan los tres años legales, sino sólo hasta que los dos partidos se decidan a la renovación. Que esto lo haya hecho el Tribunal, con la anuencia del nuevo Presidente y de los demás Magistrados, no promete nada bueno en su andadura futura, pues si ellos solitos violan la Constitución y la LOTC, que podemos esperar en el futuro de los políticos, tan aficionados a saltarse la Constitución a la torera

Por lo demás, no vale la pena insistir aquí en los casos de modificaciones habidas de la Constitución, al margen de los preceptos establecidos para ello; de la única modificación que se ha hecho a la misma y que se hizo equívocamente, porque se cambió más de lo que se quería; de las interpretaciones que se han hecho de la misma que cambian su sentido original; y, por no agotar el tema, de los artículos que no se han desarrollado aún y que, como ocurre con la inexistente Ley de Huelga, podría haber evitado espectáculos lamentables como los que hemos presenciado en estos días en que, mientras escribo, Es-

<sup>28</sup> J. DE ESTEBAN Y E. GIMBERNAT, «Un crimen perfecto», *El Mundo*, 22.10.2010.

paña se encuentra, por primera vez en nuestra historia constitucional reciente, en situación de estado de alarma..

La conclusión, por tanto, cuando asistimos a su 32 aniversario, es que, por un lado, ya no es una Constitución *normativa*, sino nominal, y con la terrible amenaza de poder llegar a ser puramente *semántica*. Y, por otro lado, es evidente que no se cumple en todo el territorio nacional y que presenta numerosas goteras, en parte por el paso del tiempo, que hacen necesario su inmediata reforma y puesta al día. Hay que incluir nuevos derechos, hay que perfeccionar otros, hay que modificar algunos aspectos del sistema electoral y de la organización parlamentaria, modernizar la sucesión monárquica, hay que reforzar la unidad judicial de España y, especialmente, se debe acabar de una vez el modelo de Estado, que tal y como ha quedado, tras los nuevos Estatutos y la Sentencia del Tribunal Constitucional, es imposible que funcione satisfactoriamente, tanto por razones económicas, como políticas.

Pero dicho esto, la pregunta es muy simple: ¿quién le pone el cascabel al gato? La respuesta no puede ser otra que un pacto entre los dos grandes partidos, que pasaría, en primer lugar, por la reforma de los procedimientos de modificación de la Constitución, que impiden y han impedido hasta ahora el *aggiornamento* de la misma. Además para no seguir más con la sangría económica, política, social y cultural de España, no hay ya más que una solución válida: la disolución de las Cortes y la convocatoria de elecciones.

\*\*\*

TITLE: *From normative Constitution to nominal Constitution.*

ABSTRACT: *When we are present at the 32nd. Anniversary of the Constitution, can be said that, on one hand, our constitution is no more a normative constitution, but a nominal constitution, with the terrible threat that it could become purely a semantic constitution, and, on the other hand, it's evident that it is not fulfilled in the whole territory and that it presents various problems, partly because the past of time. It is necessary to include new fundamental rights, to give a more adequate regulation to some of them, to modify some aspects of the electoral system and of the parliamentary organization, to modernize the succession to the crown, to enforce the unitary judicial power, and, specially, it's necessary to finish the design of the territorial organization of the state.*

KEYWORDS: *Constitution. Normative constitution. Nominal constitution. Regional Political Divisions. Statute of Autonomy. Autonomous Communities. Constitutional Court.*

RESUMEN: *Cuando asistimos al 32 aniversario de la Constitución cabe apuntar que, por un lado, ya no es una Constitución normativa, sino nominal, y con la terrible amenaza de poder llegar a ser puramente semántica. Y, por otro lado, es evidente que no se cumple en todo el territorio nacional y que presenta numerosas goteras, en parte por el paso del tiempo, que hacen necesario su inmediata reforma y puesta al día. Hay que incluir nuevos derechos, hay que perfeccionar otros, hay que modificar algunos aspectos del sistema electoral y de la organización parlamentaria, modernizar la sucesión monárquica, hay que reforzar la unidad judicial de España y, especialmente, se debe acabar de una vez el modelo de Estado, que tal y como ha quedado, tras los nuevos Estatutos y la Sentencia del Tribunal Constitucional, es imposible que funcione satisfactoriamente, tanto por razones económicas, como políticas.*

PALABRAS CLAVE: *Constitución. Constitución normativa Constitución nominal. Organización Territorial del Estado. Estatuto de Autonomía. Comunidades Autónomas. Tribunal Constitucional.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 28.12.2011. Fecha de aceptación: 26.01.2011

