



La evolución del **Estado Autonómico** y el papel de las Comunidades Autónomas en la segunda década del siglo XXI

Miguel Agudo Zamora (coord.)
Centro de Estudios Andaluces

La evolucion del
Estado Autonómico
y el papel de las
Comunidades
Autonomas en la
segunda década del
siglo XXI



La evolución del Estado Autonómico y el papel de las Comunidades Autónomas en la segunda década del siglo XXI

Miguel Agudo Zamora (coord.)
Centro de Estudios Andaluces



Centro de Estudios Andaluces
CONSEJERÍA DE LA PRESIDENCIA

Los textos contenidos en esta publicación proceden del seminario denominado *La evolución del Estado Autonómico y el papel de las Comunidades Autónomas en la segunda década del siglo XXI*, celebrado en septiembre de 2013 en Sevilla, y organizado por el Centro de Estudios Andaluces.

Edita:

Fundación Pública Andaluza Centro de Estudios Andaluces,
Consejería de la Presidencia, Junta de Andalucía

© De los textos: sus autores

© De la edición:

Fundación Pública Andaluza Centro de Estudios Andaluces
Bailén, 50 — 41001 Sevilla

Tel.: 955 055 210

Fax: 955 055 211

www.centrodeestudiosandaluces.es

Primera edición, noviembre de 2013

ISBN: 978-84-941817-4-0

1. INTRODUCCIÓN.....	9
<i>Miguel Agudo Zamora</i>	
2. LA EVOLUCIÓN DEL ESTADO AUTONÓMICO HASTA LA STC 31/2010	13
<i>Miguel Revenga Sánchez</i>	
3. ESPAÑA ANTE LA CUESTIÓN TERRITORIAL.....	25
<i>Juan Cano Bueso</i>	
4. PRINCIPIO DE IGUALDAD Y ESTADO AUTONÓMICO	43
<i>Octavio Salazar Benítez</i>	
5. APUNTES SOBRE UNA POSIBLE REFORMA FEDERAL DEL PODER JUDICIAL	57
<i>Blanca Rodríguez Ruiz</i>	

1. Introducción

Miguel Agudo Zamora
Centro de Estudios Andaluces
Universidad de Córdoba

La posición crucial de Andalucía, definida por el peso de su población y la extensión de su territorio en el contexto del Estado español, propician que desde Andalucía se contribuya a reflexionar y a formar una posición que sirva para encontrar respuestas a la denominada cuestión territorial; máxime en momentos complejos como el que vivimos en nuestro Estado de las autonomías.

Existe un diagnóstico generalizado e indiscutible acerca de las ventajas del modelo autonómico que hasta ahora han experimentado España y Andalucía, pero también sobre los problemas que se arrastran por la indefinición inicial del modelo de reparto de poder territorial que recoge nuestra Constitución.

Por ello, en este momento de nuestro devenir histórico, conviene reflexionar sobre diversos aspectos tales como:

- a. La garantía plena de la igualdad de toda la ciudadanía española y del pleno reconocimiento y respeto a la diversidad y a las singularidades de los territorios que integran España. Y al mismo tiempo, el establecimiento de objetivos compartidos para el desarrollo y la consolidación de nuestro modelo de bienestar social y de crecimiento económico sostenible desde la equidad y la solidaridad.
- b. La definición de suficientes elementos estructurales de participación que permitan la integración de las entidades territoriales autónomas en los procesos de

toma de decisiones estatales, junto con los necesarios mecanismos de colaboración, coordinación y cooperación intergubernamental e interterritorial.

- c. La clarificación constitucional del reparto de competencias, definiendo con más precisión los ámbitos propios tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas.
- d. Un Senado que cumpla de manera adecuada con la función de ser la Cámara de representación territorial, para que los entes territoriales autónomos puedan participar en la formación de la voluntad federal.
- e. La adecuación del Poder Judicial al modelo de descentralización política.
- f. La configuración de una autonomía local fortalecida.
- g. El establecimiento de un sistema de financiación basado, entre otros, en los principios de suficiencia, corresponsabilidad, coordinación, solidaridad y estabilidad.

Para reflexionar sobre estos asuntos, entre otros, se organizó en Sevilla el 12 de septiembre de 2013 el seminario denominado *La evolución del Estado Autonómico y el papel de las Comunidades Autónomas en la segunda década del siglo XXI*, coordinado por quien suscribe estas líneas y enmarcado en el Foro Permanente sobre Estado Autonómico dentro del Programa permanente de Investigación sobre Estado Autonómico y Financiación. Programa que se constituye como un proyecto de investigación innovador, nacido en el seno del Centro de Estudios Andaluces con el objetivo de analizar periódicamente la evolución y el papel que las Comunidades Autónomas tienen en la conformación y desarrollo jurídico del Estado español, la incidencia de la política nacional en el devenir de las mismas, e introducir elementos de debate acerca de la configuración social y económica de nuestro modelo constitucional de distribución territorial del poder.

Se contó con la presencia del profesor Miguel Revenga Sánchez, catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Cádiz, con una ponencia que versó sobre «La evolución del Estado Autonómico hasta la STC 31/2010».

El profesor Juan Cano Bueso, presidente del Consejo Consultivo de Andalucía y catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Almería, que realizó su intervención con el título «España ante la cuestión territorial».

El profesor Octavio Salazar Benítez, profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Córdoba, reflexionó sobre el «Principio de Igualdad y Estado Autonómico».

Finalmente la profesora Blanca Rodríguez Ruiz, profesora titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla presentó la ponencia «Apuntes sobre una posible reforma federal del poder judicial».

Tras estas ponencias se abrió un interesante e intenso debate en el que participaron los profesores que estuvieron presentes en este seminario.

2. La evolución del Estado Autonómico hasta la STC 31/2010

Miguel Revenga Sánchez

Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Cádiz

2.1. Implantación

Cualquier Estado con el poder político repartido entre territorios a los que se les garantiza autonomía decisoria —eso que hemos dado en llamar el Estado *compuesto* por contraste al Estado que se organiza reconociendo un único aparato institucional de producción de decisiones para todos los confines del territorio— es un Estado de funcionamiento complejo. Es complejo en el diseño organizativo y complejo en el funcionamiento práctico, pues parece inevitable que cuando se diversifican los escenarios para expresar voluntades y generar normas iguales en jerarquía, crezcan las posibilidades de tensión y de conflicto.

El Estado compuesto no es el mejor modelo para quien anhele la tranquilidad, ni para quien aspire a unas reglas del juego indiscutidas e inmutables. Tampoco para aquellos —que quizá son hoy cada vez más— que miran con recelo cualquier aparato institucional de carácter público y acostumbran a echar las cuentas (y a reprobar) el costo que representa. La democracia cuesta dinero y la descentralización política también. Si la alternativa es la autocracia férreamente administrada por un pequeño grupo de burócratas y sostenida por la coacción y el miedo, no hay mucho que discutir. Pero cuando la alternativa es la nostálgica invocación de unos tiempos en los que nos las arreglábamos con menos aparato institucional —la proliferación de Parlamentos, Gobiernos y Administraciones varias viene de inmediato a la cabeza— entonces sí hay que discutir, y mucho.

Para empezar, preguntándonos por cuáles fueron esos tiempos arcádicos del ahorro en los que convivimos contentos y en paz acatando la autoridad de un único centro *natural* dispuesto para vincular con sus decisiones a todos y en todos los confines. La España contemporánea nació comprometida con el reparto político del poder a escala bi-hemisférica, y vivió y evolucionó, arrastrando conflictos dinásticos y territoriales (¿o eran lo mismo?) que ensombrecen el balance de una trayectoria renqueante y muchas veces violenta.

Con Nación asentada secularmente o inventada de propósito y *ad hoc*, la España constitucional nunca resolvió satisfactoriamente la (llamada a falta de mejor nombre) «cuestión territorial». La disimuló con mejor o peor suerte, a menudo recurriendo a la excepción e involucrando al Ejército, o la llevó a paroxismos que han quedado en la memoria como *contra-modelos* no solo de repartos territoriales del poder tomados en serio, sino de la solución republicana a otra de las «cuestiones» conflictivas de nuestra historia: la de la jefatura del Estado.

Constitución y centralización se avienen mal en España; no digamos constitucionalismo, o cultura constitucional o, directamente, democracia y centralización. No hay alternativa; y si la hubiera, no es la de quienes nadan en el río revuelto de la crisis y aprovechan para denostar logros y echar tierra sobre tres décadas y media de experiencia en la que el compromiso con la democracia ha ido de la mano de la implantación del sistema de descentralización política más genuino y avanzado que hemos tenido nunca.

Tampoco hay alternativa si miramos la realidad política en la que estamos inmersos allende nuestras fronteras. Porque ¿cómo podríamos negar la racionalidad del reparto territorial *ad intra* si vivimos en pleno proceso de cesiones de parcelas de poder soberano hacia fuera con consecuencias demoledoras sobre los modos tradicionales de entender las cosas? Es una pregunta que puede tener algo de retórica, pero que no conviene dejar de lado, siquiera como recordatorio de que el poder se nos aparece hoy inevitablemente parcelado en una pluralidad de instancias, que desafían la lógica unificadora del Estado, de manera que no hay nada de *natural* en las concepciones de los procesos de decisión como una dinámica de imposición de voluntad desde el centro a la periferia. Lo natural es la búsqueda de ámbitos de decisión abiertos a la participación y respetuosos con los espacios variados de autonomía normativa y autogobierno político.

Cuanto antecede no es más que un excurso que roza lo banal. Lo incluyo aquí al solo efecto de reivindicar la Constitución que nos dimos en 1978 y de ensalzar cuanto en ella se dispuso para hacer frente a la cuestión territorial. Fue un «implante» inge-

niosísimo, una operación de cálculo político que combinó magistralmente lo que era menester decidir de inmediato y lo que convenía dejar para más adelante, provisionalmente irresuelto y a la espera de ulteriores concreciones.

La elaboración de cualquier Constitución entraña cálculos de ese tipo. Todo no puede decidirlo la generación de los constituyentes embridando a las generaciones que vengán luego, por decirlo a lo clásico, entre otras razones porque ello sería disfuncional al propio empeño de culminar la tarea constituyente en plazo razonable y con visos de éxito. «Decidir no decidir» es un expediente habitual cuando se trata de elaborar Constituciones. Y el carácter de estas como normas más o menos abiertas depende en muy buena medida de la manera en la que se hayan combinado en el texto las estipulaciones concretas, las ambigüedades deliberadas y los silencios.

Es ya un lugar común afirmar que la CE de 1978 dejó sin definir *el modelo* de organización que se pretendía desde el punto de vista del reparto territorial del poder. En los *ránkings* de citas doctrinales, seguramente la referida a la curiosidad del jurista persa ocuparía uno de los primeros puestos. Como le ocurre a cualquier argumento que se convierte en tópico, encierra una buena parte de verdad, pero corre el riesgo de hacer caer en el olvido aquello que sí se decidió de manera resuelta, aún dejándolo abierto a una pluralidad de posibilidades.

Cuando hoy leemos la Constitución, y nos adentramos por los vericuetos del Título VIII y las Disposiciones Adicionales y Transitorias, una de las cosas más llamativas es la variedad de caminos que se dispusieron para poder hacer efectivo el derecho a la autonomía de las nacionalidades y de las regiones proclamado en el artículo 2. El famoso principio dispositivo para el acceso a la autonomía es, ciertamente, uno de los rasgos estructurales del «modelo», pero no es el único que lo singulariza y lo distingue con relación a otros modelos constitucionales de reparto territorial. Además de la abundante disposición de vías para el acceso —responsable hoy de que el Título VIII se haya convertido en un repositorio de *letra muerta*— la CE opta por un tipo de reparto territorial que es *tutelado* y que reclama, por su propia naturaleza de *materia oscura o borrosa* la aportación de un intérprete dotado de sólida *auctoritas*.

Trataré de explicarme. Lo llamo *tutelado* porque la falta de una definición de los titulares del derecho a la autonomía y la consiguiente imposibilidad de un pacto constituyente de convergencia territorial, se suple singularizando la posición del Estatuto en el sistema de fuentes mediante su extraña equiparación a una Ley Orgánica y todo lo que ella entraña en cuanto al protagonismo «reasegurador» de las Cortes Generales. Es un sistema tutelado porque dota al Estado de las más amplias posibilidades para incidir unilateralmente sobre la conformación final del modelo y sobre el reparto com-

petencial. Y es tutelado, como suelen serlo hoy, por lo demás, los federalismos, porque abundan los títulos y las competencias transversales que aseguran la férrea defensa del interés general, *contra* eventuales intereses parciales o espurios.

Se trata además, como digo, de un sistema cuyas indeterminaciones y aperturas estructurales, materiales y funcionales parecen llevar incorporada la necesidad de un intérprete activo que esclarezca oscuridades y supla silencios. No hay mejor modo de apreciarlo que una ojeada a la definición de lo que sean competencias exclusivas del Estado en el artículo 149. Suele decirse que quienes pasan por ser los principales muñidores del consenso en el que cuajó el texto de 1978, Alfonso Guerra y Fernando Abril, no eran juristas.

Sería una estupidez achacar a su impericia técnica los resultados que leemos allí. Más bien, el reparto competencial de la Constitución parece la obra de un rábula al que le cuadran como anillo al dedo aquellas palabras de Bartolo en *Las Bodas de Fígaro* referidas a lo convenientes que siempre resultan los embrollos que tanto abundan en cualquier código. En unas condiciones en las que el reparto territorial era visto como una obra de futuro, todo lo condicionada que se quiera por la historia que entra en la Constitución, y por lo que ya se había puesto en marcha provisionalmente, pero al fin y al cabo como proyecto pendiente de realizarse, y con una normatividad barroca y de débil fuerza directriz, no es de extrañar que de inmediato se manifestara la tensión entre los «amarres» del derecho y las ductilidades y las vías de escape de la política.

2.2. Acomodo

La historia del Estado Autonomico puede contarse de muchas maneras. Una de las posibles es mediante el análisis de los vaivenes que ha experimentado el espíritu de negociación entre las fuerzas políticas; en el nivel del Estado y en el de las Comunidades Autónomas; entre partidos de carácter nacionalista y partidos no nacionalistas. Las conclusiones obtenidas de ese trabajo de campo seguramente confirmarían la idea del carácter inviable de cualquier Estado compuesto en el que se registren déficits crónicos de voluntad de cooperación. Y en el caso del Estado Autonomico, la idea motriz es quizá que el acuerdo entre las dos fuerzas políticas mayoritarias, en el nivel nacional, en cuanto a las características o los rasgos básicos que pretendan extraerse del modelo, es determinante para la propia viabilidad de este.

Nótese que esto no deja de ser una anomalía en un sistema en el que partidos de carácter nacionalista han gozado siempre de fuerte implantación en Cataluña y en el País

Vasco, consiguiendo sólidas mayorías de gobierno en bastantes casos, o bien mayorías relativas que les han obligado a establecer alianzas diversas con partidos no nacionalistas. Lo peculiar es que en ninguno de los dos grandes «momentos» de pactos conformadores del Estado Autonómico, tal y como hasta ahora lo habíamos conocido, hubo implicación o compromiso por parte de los nacionalismos. No lo hubo en 1981, cuando se trataba de trazar el mapa y establecer la hoja de ruta, ni lo hubo en 1992 cuando el rodaje del sistema por espacio de una década permitió pensar en ampliar las competencias de las Comunidades que accedieron más tarde al autogobierno. Fueron dos pactos de acomodo realizados entre los dos grandes partidos de implantación nacional ante el desinterés o el recelo de unas fuerzas nacionalistas que no se sentían concernidas, o advertían una deriva percibida por ellas como destructora de una supuesta asimetría consustancial a la diferenciación entre nacionalidades y regiones.

Todos recordamos la secuencia de acontecimientos que se suceden en el trienio 1980-1983: el tira y afloja a propósito del cuestionamiento por parte de Andalucía de la lógica de la historia, un cuestionamiento permitido en la Constitución, y al mismo tiempo desalentado por las exigentes condiciones previstas en el artículo 151 y en la temprana Ley que lo desarrolló de tapadillo (el insuficiente «sí» de la provincia de Almería y la manera en la que se encontró una salida airosa al *impasse* son, por cierto, un buen ejemplo de las relaciones circulares entre el derecho y la política); el 23-F y su secuela: las urgencias por despejar ciertas incógnitas constitucionales que se perciban como amenazantes para la consolidación de la democracia.

De esas urgencias proceden directamente la llamada a los expertos para que dictaminasen, la concreción del «café para todos» en un mapa de 17 Comunidades, y el intento de racionalización o re-elaboración del sistema que el Tribunal Constitucional desautorizó en la Sentencia de la LOAPA. Uno de los autores de aquellos dictámenes, auspiciados por el Gobierno de la UCD, sostiene hoy que bastantes de los males que nos aquejan se hubieran evitado si el Estado de las Autonomías hubiera acomodado su funcionamiento a las recomendaciones de los expertos. Yo no lo creo así.

Cuesta imaginar Comunidades Autónomas encorsetadas en rígidas limitaciones organizativas y a las que se les escamotea la capacidad de utilizar un instrumento normativo tan capital para el desarrollo de políticas propias como la ley. Más bien me parece que las causas del complejo panorama de competencias compartidas y concurrentes está en un tipo de reparto competencial que, en la búsqueda del detalle, olvida lo sustancial, propiciando las lecturas «desbordantes» o inversas de la Constitución a las que se entregaron los Estatutos de Autonomía desde el primer momento.

Por su parte, la sentencia de la LOAPA, además de haber narcotizado para siempre ese extraño instrumento normativo que es la Ley de Armonización, contiene ya, quintaesenciada, la doctrina de la auto-asignación, por parte del Tribunal, de un papel de comisariado del poder constituyente para afianzar la línea de separación entre este y los poderes constituidos. Se ha discutido mucho la tesis que allí se maneja sobre la inconstitucionalidad de leyes meramente interpretativas de la Constitución, pero la aportación capital de aquella sentencia fue una de alcance mucho más práctico: la del Tribunal Constitucional como responsable último de hacer hablar a la Constitución, allí donde ella podía callar o no ser clara, algo que se concretaría pronto en la actuación del Tribunal Constitucional como el juez de guardia para un Estado Autonomico *del conflicto*.

Desde principios de los 80 y hasta doblar el siglo, literalmente, centenares de sentencias del Tribunal fueron llenando de contenido los conceptos que hoy tenemos por esenciales para la comprensión del modelo: el significado de la autonomía por contraposición a la soberanía, el encaje de los derechos históricos, la posición constitucional del Estatuto, las concepciones material y formal de lo que sean las bases a los efectos del reparto de competencias (y la concreción del alcance de cada una de estas), el papel de los principios de prevalencia y supletoriedad, el impacto de la integración europea, etc.

Visto en retrospectiva, lo que más sorprende es que la naturaleza contingente de las intervenciones del Tribunal al albur de los recursos que le iban llegando, y los cambios en la composición personal debidos a las renovaciones periódicas de sus miembros, no obstan para que todo ello conforme un cuerpo interpretativo notablemente coherente. Para bien o para mal, la descentralización política en el Estado de las autonomías tiene unos perfiles jurídicos bastante sólidos y acabados. No es que no sepamos cómo es el modelo como consecuencia de las carencias propias de un texto constitucional que se hizo para propiciar la transformación de un Estado unitario en uno compuesto, sino que, conociendo de sobra sus perfiles, las desafecciones y los desafíos rupturistas provienen precisamente del repudio frontal que tales perfiles provocan a muchos.

En 1992, los nuevos pactos autonómicos entre el PSOE y el PP para la reforma de los Estatutos de vía lenta (que cuajaría en la oleada de reformas de 1994) reabrió el frente de conflicto que parece incrustado en las mismas señas genéticas del Estado Autonomico. Mantener indefinidamente un funcionamiento del mismo a dos velocidades como consecuencia de la forma de acceso a la autonomía no parece compatible con las tendencias y el efecto demostración que provoca el compromiso con el autogobierno político repartido en una pluralidad de niveles. Tampoco resulta fácil imaginar qué consecuencias hubiera comportado que los servicios básicos que usan cada día, y de manera masiva, la generalidad de la ciudadanía, la sanidad y la educación, hubieran

quedado en unos casos en manos del Estado y en ciertos otros en manos de las Comunidades Autónomas. Cuesta imaginarlo por las implicaciones financieras y por las implicaciones políticas; pero también, como digo, porque el factor diferencial entre dos grandes tipos abstractos de CCAA está impugnado en la Constitución (artículo 148.2) y no fue nunca (desde las famosas LOTRACA y LOTRAVA) tenido por criterio rector de nuestro reparto territorial.

La dialéctica de la liebre nacionalista que se resiste a ser alcanzada por la tortuga regionalista es la imagen plástica a la que suele recurrirse para aludir a ese conflicto que nunca nos ha abandonado. En el terreno jurídico, la cuestión se entremezcla con la radical asimetría producida por la Disposición Adicional Primera en favor de los territorios forales. La singular posición constitucional del País Vasco y de Navarra traducida principalmente (aunque no solo) en el régimen de financiación alimenta agravios que se traducen en reivindicaciones de hechos diferenciales de difícil fundamento y compleja traducción a la lengua del derecho. Lo que debería ser un resultado, el producido por formas diversas de hacer uso de las capacidades de autogobierno que abre la descentralización, se presenta como petición de principio que dificulta la inserción normalizada en el sistema. Es la tensión que nos ha acompañado desde siempre y que no ha hecho sino ahondarse durante los últimos años.

2.3. Desencaje

«Finalmente una amplia autonomía de baja calidad» es el título del artículo que, poco después de cesar como magistrado y vicepresidente del Tribunal Constitucional, Carles Viver Pi-Sunyer publicó en el diario *El País*, el 6 de septiembre de 2003. Es una aportación de notable interés debido al peso intelectual de quien hoy preside el Consejo para la transición nacional en Cataluña, y también porque refleja escueta, pero exhaustivamente, las razones de su desafección hacia el modelo autonómico que, a fuerza de pactos y sentencias, se había ido construyendo durante los primeros veinticinco años de años de vida constitucional.

El artículo comienza por resaltar las paradojas que resultan de comparar la imagen de España como uno de los países (ya a la sazón) más descentralizados del mundo (las CCAA gestionan en torno a un 40 por ciento del gasto público y poseen más de un 50 por ciento del personal al servicio de las administraciones públicas), y una «realidad» en la que, a juicio del articulista, y cito literalmente, «no es en absoluto cierto que las CCAA tengan mayores competencias que la mayor parte de los entes políticamente

descentralizados». Y cita, en apoyo de su tesis, las competencias judiciales, penales y financieras o en materia de derecho civil, de los Estados de la federación norteamericana, las competencias en política exterior o en asuntos de inmigración de los Estados canadienses, o las de administración local, educación, cultura, seguridad pública y policía de los *Länder* en Alemania.

La baja calidad de la autonomía de las CCAA en España, determinante de la escasa capacidad para adoptar políticas propias en ámbitos materiales dotados de unidad, vendría a ser, a juicio de Viver, una consecuencia de la combinación de tres factores: la fragmentación de las materias atribuidas a la competencia de las CCAA; el carácter «invasivo» de ciertos títulos competenciales atribuidos al Estado (los llamados títulos horizontales), y el exceso de detalle en el empleo de la técnica de las bases que al Estado le corresponde adoptar en numerosas materias.

Me he detenido en las opiniones expresadas por el catedrático catalán, porque creo que reflejan un punto de vista, a partir del cual resulta más sencillo entender qué derivas del Estado Autónomico se pretendían corregir mediante la oleada de reformas estatutarias que se iniciaron en aquellos momentos, y hasta qué punto la STC 31/2010, con su empeño en mostrar las «líneas rojas» por referencia a las vigas maestras del modelo, supuso al mismo tiempo un aldabonazo a las virtudes de la ductilidad que todavía podían reivindicarse como un haber incuestionable de nuestro Estado de las Comunidades Autónomas.

Claro que eso es solo una parte de la realidad; junto a ella, nos parece también evidente que desde aquellos tiempos del vigésimo quinto aniversario de la Constitución y hasta la STC 31/2010 volvió a plantearse, con toda su crudeza, el problema del encaje constitucional de las nacionalidades históricas vasca y catalana. Quiero decir, el encaje de base, de raíz; no en el terreno de las técnicas jurídicas a las que se puede recurrir para dejar espacio a un autogobierno más auténtico, sino en el de los mismos fundamentos del pacto constitucional. Con la particularidad de que si esto último es un ingrediente necesario, *el ingrediente* imprescindible de cualquier texto concebido para posibilitar una convivencia democrática, lo es aún más cuando se trata de organizar un reparto territorial del poder alumbrado por los ideales del «pactismo» federal.

Por supuesto que entre esto último, el encaje que pudiéramos llamar emotivo de lo que se presenta como singular y diverso, y los recursos dispuestos en el plano de la técnica jurídica para dar respuestas de carácter práctico al desafío de la descentralización, discurre un hilo conductor. Lo segundo nunca podrá funcionar si lo primero es percibido cada vez más como un problema no resuelto. Y el conjunto del modelo

se resiente, y hace aguas, si entre ambos componentes se produce un desencaje que neutraliza las posibilidades de una aplicación normalizada y en toda su extensión del texto constitucional.

Las experiencias vividas en este terreno entre 2003 y 2010 nos sitúan ante la realidad descarnada recién descrita, y el legado de lo ocurrido representa para los constitucionalistas una lección sobre hasta dónde llegan las posibilidades de la técnica de la interpretación constitucional y un recordatorio del punto a partir del cual los problemas de *Constitutione data* se transforman en cuestiones de *Constitutione ferenda*, esto es, en un asunto que no se resuelve porque un intérprete autorizado diga su última palabra con pretensiones de dar por zanjado un debate que afecta a los fundamentos mismos de nuestra vida constitucional.

Primero vino el órdago lanzado por el nacionalismo vasco con un texto burdamente rupturista que salió del Parlamento vasco huérfano del necesario consenso y acabó su recorrido en el Congreso de los Diputados con el rechazo *a limine* de admitirlo para su ulterior tramitación. Del Parlamento vasco salió también la ley 9/2008, cuyo pomposo título fue «de convocatoria y regulación de una consulta popular al objeto de recabar la opinión ciudadana en la Comunidad Autónoma del País Vasco sobre la apertura de un proceso de negociación para alcanzar la paz y la normalización política». La STC 103/2008 la reputó inconstitucional en todos sus extremos (es uno de los pocos ejemplos que pueden aducirse de declaración de inconstitucionalidad de una ley *in toto*), esgrimiendo el arsenal de razonamientos que, a menos que medie la voluntad de reformar lo existente, hacen de la actual reivindicación catalana un imposible constitucional.

No cabe recurrir al circunloquio de la «consulta vinculante» para intentar eludir el régimen jurídico del referéndum, el Estado tiene la competencia exclusiva para la autorización de tales consultas, no caben las vías de hecho para provocar reformas constitucionales al margen de las previsiones habilitadas al efecto, no hay titularidad de un hipotético derecho a decidir con capacidad para dejar sin efecto la titularidad de la soberanía por el conjunto del pueblo español, etc. Sobre el particular está todo dicho, pero tengo para mí que con ello no basta para poner dique a una demanda que gana adeptos con el paso del tiempo y que resulta de difícil refutación desde la perspectiva de la legitimidad democrática.

Soy también de la opinión de que la posibilidad de subirse a un carro que hubiera insuflado racionalidad de conjunto a las iniciativas en marcha se perdió con la frustrada iniciativa de reforma constitucional del primer Gobierno Zapatero. No hay todavía

explicaciones convincentes acerca de las razones que hicieron inviable ese intento de recuperar para la Constitución el lugar nodular que debiera corresponderle. Porque aquella era una propuesta de mínimos —recordémoslo: eliminar la discriminación de la mujer en el acceso a la Corona, enumerar las Comunidades Autónomas, explicitar nuestra pertenencia a la UE y acometer la reforma del Senado— pero cuyos márgenes materiales y horizonte temporal nos hubiera permitido embarcarnos en un diálogo constitucional desde las alturas del texto, con conciencia plena de lo que iba en el envite y asumiendo el reto de buscar lo que pudiéramos llamar una «armonía contrapuntística» entre las reformas estatutaria y constitucional. No se hizo así. Probablemente porque la intensidad de los deseos de quienes propusieron acometer una operación de tan profundo calado no eran suficientes como para vencer las renuencias de quienes siguen pensando que no hay mejor estrategia que esperar y esgrimir el argumento de la *dura lex, sed lex*. Es evidente que considero esa estrategia desacertada. Y para comprobarlo basta comparar el clima político que había en Cataluña antes de la STC 31/2010 y el que se ha ido generando, me temo que siempre en dirección unívoca, en los ya largos meses transcurridos desde entonces.

En la evolución del Estado Autonómico, la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Cataluña es el equivalente a un punto de no retorno, a partir del cual todas las narrativas sobre los fundamentos, los rendimientos y las posibilidades de nuestro modelo de reparto territorial del poder parecen conducirnos hacia un callejón sin salida. Lejos de servir al propósito que se supone que alumbra la resolución de cualquier conflicto constitucional —dar buenos argumentos para pacificarlo y proveer a la Constitución de lecturas suasorias con capacidad de integrar— se nos presenta hoy como un indigesto *pastiche* jurídico que manipula hasta el aburrimiento las posibilidades de la interpretación conforme, y se traduce, por la contundencia de las afirmaciones dogmáticas que los Fundamentos van deslizándose aquí y allí, en un pesado lastre para tener confianza en el futuro del modelo de descentralización territorial por el que optamos en 1978.

La doctrina ya ha analizado en profundidad los razonamientos de la sentencia y parte de ella ha lamentado (con un criterio que no puedo menos que compartir) que la misma produce el efecto de diluir la posición constitucional del Estatuto y su integración en lo que habíamos llamado siempre el bloque de la constitucionalidad. Es muy de lamentar además el nulo peso que se confiere, a efectos argumentativos, a la forma a través de la cual el nuevo Estatuto de Cataluña llegó a ser tal. Ciertamente es una desdicha que el Tribunal haya tenido que habérselas con los recursos en un clima de enfrentamientos *ad intra* y después del «turno deliberativo» de dos Parlamentos y una intervención referendaria del pueblo de Cataluña. Ello ha sido motivo para que mu-

chos lamenten la precipitación con la que se erradicó el control preventivo salvo para los Tratados Internacionales, lo que me parece, por cierto, del todo atinado.

Sea como fuere, lo que se aprecia en la sentencia, por encima de cualquier otra impresión, es que el Tribunal realizó una reivindicación de *status*, una proclamación de su carácter de intérprete supremo de la Constitución y responsable de mantener una separación clara y continua entre el poder constituyente y los poderes constituidos. Nada que no hubiera dicho ya a propósito del recurso contra la LOAPA, en la STC 76/1983, y que plantea de lleno el problema del papel de la jurisdicción constitucional en una democracia que hemos acabado por cualificar también como democracia *constitucional*. Acerca de ello disponemos de un sólido *corpus* doctrinal, centrado sobre todo en resolver los problemas que plantea la naturaleza *contramayoritaria* de dicha jurisdicción.

Habitualmente el terreno en el que se debate acerca de las posiciones que corresponden respectivamente al legislador y al juez de la ley es el relacionado con el desarrollo de los derechos reconocidos en la Constitución. Pero aquí las cuestiones que se plantean son claramente distintas y atañen, como hemos dicho, a la forma de la inserción de las unidades territoriales en un todo compuesto que tiene la pretensión de atender simultáneamente a los imperativos de la unidad y de la diversidad; a las exigencias de un autogobierno real de los titulares del derecho a la autonomía en el marco de un sistema que posibilite la solidaridad entre ellos.

Si uno de los principios hermenéuticos que se preconizan para la actuación del juez constitucional y, por tanto, uno que permite discernir entre lo que es una buena y una mala decisión, es la capacidad de esta para insertarse normalmente en la cadena de interpretaciones, haciéndola más fuerte, y contribuyendo a que el *living tree* (evocado por el propio TC en la sentencia sobre el matrimonio homosexual) enraíce más profundamente, la STC 31/2010 ha pasado a formar parte del elenco de los problemas, no de las soluciones, que hubiera debido resolver.

3. España ante la cuestión territorial

Juan Cano Bueso

Presidente del Consejo Consultivo de Andalucía

Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Almería

3.1. Las formas estatales

Vistos los tipos ideales que la teoría de la Constitución nos suministra, es posible apreciar que existen diversas miradas y diversos entendimientos sobre el orden jurídico estatal, lo que nos obliga a pensar sobre la *forma institucionalizada* con que puede revestirse el ejercicio del Poder en la *realidad política*. Esta disquisición resulta necesaria porque es difícil comprender la encrucijada en la que se encuentra el Estado autonómico actual en España sin aceptar el carácter esencialmente dinámico de los procesos sociales y políticos.

Recuérdese cómo desde que terminaron las formas de vida nómada y las poblaciones se asentaron en un espacio territorial concreto, compartiendo una cultura común e identificándose como un pueblo, allí hubo una Nación. Si además esa Nación consiguió dotarse de unas estructuras organizativas político-constitucionales originarias y soberanas, podemos decir que allí ya hubo un Estado.

Pero, la forma estatal no se contrae necesariamente a una sola Nación. Existen Estados plurinacionales donde bajo una misma organización política soberana conviven distintos pueblos con distintas culturas y hasta puede que con distinto Derecho y con diversas instituciones. Nos encontramos, entonces, en presencia de un Estado plurinacional, cuyo funcionamiento armónico precisa de importantes mecanismos de integración política y, por supuesto, de colaboración, cooperación, coordinación y lealtad recíproca entre los distintos componentes.

Tal vez convenga recordar que el Estado unitario se configura en Europa unificando fragmentos de la monarquía absoluta con fuertes resabios de estructuras preestatales, cuando no arcaicas. Su progresiva aparición se forja mediante un complejo proceso de concentración de poderes intermedios subordinados de naturaleza privada propios de la sociedad medieval. La tradición histórica suele colocar al Estado al final de una ininterrumpida cadena de comunidades políticas naturales, en la base de las cuales se encuentra la propia familia o clan. El hecho es que la ruptura del modelo aristotélico y la aparición del concepto de ‘modernidad’ dará paso al surgimiento de la comunidad política con fundamento en las teorías contractualistas a partir de la recurrente situación de estado de ‘naturaleza’. Será después cuando se abra camino una ‘explicación’ racional del Estado para dar respuesta a las necesidades derivadas de una nueva organización del Poder político. La racionalidad del Estado moderno aparece, así, ligada al fenómeno de la ‘institucionalización’ del Poder y al paradigma de la *unidad* y de la *soberanía*, al razonable equilibrio entre *autoridad* y *libertad*.

La dinámica centrípeta que está en la lógica del Estado moderno, emprenderá un gran proceso de unificación en tres grandes aspectos: *unificación del Poder*, mediante la supresión de todos los poderes de naturaleza privada; *unificación del Derecho*, mediante la supresión de las diferencias de estatuto jurídico por razón de nacimiento o lugar de residencia, que desembocará más tarde en la igualdad de la ciudadanía ante la ley y en la codificación; y *unificación del Mercado*, mediante la supresión de aduanas y trabas internas a la búsqueda de la unidad económica nacional.

Una población estabilizada, un territorio unitariamente estructurado y bien delimitado, una organización política propia a partir de la cual se ejerce un poder originario y soberano. Esta es la lógica institucional que, partiendo del Antiguo Régimen, facilitará después la aparición y construcción en Europa del Estado constitucional. Es un proceso centrípeta de concentración de poderes que gravita en torno a un monarca absoluto que reabsorbe en sus manos todos los resortes del Estado.

A partir de mediados del siglo XVII, las ideas sembradas por la *Enciclopedia*, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y el auge del liberalismo, propiciará el caldo de cultivo de las revoluciones norteamericana y francesa, el ascenso al poder de la burguesía y el auge del constitucionalismo basado en la separación de poderes, la protección de los derechos de la persona y la extensión del sufragio. Aparece, también, la variante republicana como forma política contrapuesta a la monarquía tradicional.

En ese marco histórico vino a nacer el Estado federal, como forma de organización política que incorpora la garantía constitucional de la autonomía de los entes territoriales

en concurrencia con su contribución a las funciones estatales. Surgido de necesidades de entendimiento entre las colonias norteamericanas y como una reacción contra el Estado unitario inglés, el federalismo puede ser concebido como una solución técnico-constitucional de reparto del poder entre el centro y la periferia. Es, en definitiva, un intento de conciliar el *principio de la unidad* del Estado con el *principio de autonomía* constitucionalmente garantizado a las entidades territoriales que lo componen.

Sin embargo, el federalismo no cuestiona la existencia del Estado, sino que la presupone, y es en la forma de articulación interna donde encuentra sus peculiaridades en virtud de necesidades económicas y políticas. El federalismo debe poco a la teoría intelectualizada y es tributario, en cambio, de la práctica política. Es en su origen un proceso de transformación de una confederación de Estados independientes en un Estado único, aunque no unitario, sino políticamente descentralizado, y cuyos rasgos principales estriban en los siguientes:

1. Es un Estado configurado desde entidades territoriales diferenciadas.
2. Estas entidades, que pueden estar dotadas de soberanía originaria, conservan un grado sobresaliente de autonomía.
3. Las entidades territoriales descentralizadas participan en la formación de la voluntad federal a través de una segunda Cámara de integración (Senado).
4. La articulación en su conjunto está garantizada por una Constitución rígida. Los ordenamientos de los entes políticos territoriales están subordinados a la Constitución del Estado.
5. La Constitución establece una instancia de solución de conflictos de naturaleza judicial (Tribunal Constitucional) y extrajudicial (Senado), y, en general, un arsenal de instrumentos de coordinación, colaboración, cooperación y mutuo auxilio con fundamento en el principio de lealtad federal.

A estas características habría que añadir otras virtualidades que derivan de la identificación entre «Estado federal» y «Estado democrático», como son: la división vertical del Poder entre el Estado federal y los Estados miembros, la mayor participación de los electores en las instancias políticas, la mejor aproximación de los ciudadanos al Poder a través de la descentralización, la menor dificultad para incentivar las posibilidades participativas de las minorías, la más acabada realización del pluralismo y el incremento, en fin, de los mecanismos de responsabilidad y control sobre el Poder político estatal.

Como ha hecho notar la doctrina, el Estado federal comporta un ordenamiento descentralizado que reconoce el papel constitucional de la autonomía sin menoscabo de la soberanía federal. Tan es así que las cláusulas tendentes a reconocer una soberanía de las entidades territoriales que lo componen (los Estados miembros) es consecuencia directa del hecho de que algunos estados federales derivan de precedentes situaciones confederales (Estados Unidos, Suiza, Alemania). Sin embargo, es un ejemplo más frecuente en la historia el camino que recorre un Estado unitario hacia la descentralización interna en forma de funcionamiento federal (Canadá, Austria, España etc.). Por tanto, queda validado históricamente el doble camino hacia la experiencia federal: de una parte, el modelo basado en la formación de un Estado federal a través de la integración de Estados ya soberanos; de otra, el tránsito de un Estado unitario centralizado a otro descentralizado a través del reconocimiento del principio de autonomía.

El ajuste de las relaciones institucionales entre la federación y los poderes federados, entre la soberanía originaria en tránsito hacia la soberanía de la federación, se corresponde con la historia de la transformación del ‘federalismo dual’ —en el cual se produce una yuxtaposición entre el Estado federal y los Estados miembros— en ‘federalismo cooperativo’, en el que las exigencias de la intervención pública en la economía nacional y la creciente presencia del Estado social de prestaciones hacen de reclamo de un Poder Ejecutivo fuerte que encuentra su mejor acomodo en el ámbito de la federación. Ahí se encuentra la causa del declive de la doctrina de la permanencia de la soberanía de los Estados miembros y la pérdida de la cualidad de estos como sujetos internacionales de Derecho.

El momento centrípeto y la dinámica centrífuga están, pues, presentes en la propia configuración estructural de las formas de Estado. Que a cada tiempo histórico corresponda uno u otra depende de determinadas circunstancias y complejos procesos que vienen precedidos de necesidades militares y de defensa, de alianzas estratégicas por razones económicas o propiciado por el resultado de una exitosa socialización por integración o, en sentido inverso, desagregación y confrontación por motivos históricos, étnicos, religiosos, culturales o de otro tipo.

3.2. España como realidad histórica

Viene esta reflexión en auxilio del intento de comprender la conformación de España, de la de ayer y de la de hoy, que no es una entidad metafísica y ahistórica sino una realidad bien compleja, fundada en pueblos diferentes, integrada por diversas culturas y donde la *unidad* no representó jamás la *homogeneidad* ni la *pluralidad* pudo ser reconducida a la *uniformidad*.

En efecto, durante el siglo XIII se estructura la Corona de Castilla, integrada por los Reinos de León y Castilla a la que se habían ya incorporado los territorios de Álava, Vizcaya y Guipúzcoa y a los que se unirán después Murcia y Andalucía, excepto el reino de Granada y Canarias que no lo harán hasta el siglo XV. En la zona oriental de la península se afirma la Corona de Aragón, integrada por el Reino de Aragón y los Condados catalanes, al que se adiciona en el siglo XIII Mallorca y Valencia. Entre ambas, mantiene su personalidad propia el Reino de Navarra hasta que en el siglo XV se incorpora como Reino separado a la Corona de Castilla.

A partir del siglo XV bajo el auspicio de los Reyes Católicos se produce un proceso de centralización política y jurídica. Pero, conviene no olvidar que junto al surgimiento de instituciones centrales, los antiguos reinos y territorios conservan sus peculiaridades, sus prerrogativas, sus instituciones. El monarca, que ostentaba la titularidad del poder estatal, ejercía la soberanía sobre los distintos reinos y territorios integrados en la Corona. Pero su potestad no era la misma en todos los lugares, pues esta dependía de la personalidad jurídico-política y de la resistencia con que la constitución y las leyes propias del reino establecían límites al arbitrio real. Aunque existió lo que Lalinde llamó «ósmosis hispánica» —en el sentido de trasvase de instituciones de unos reinos y territorios a otros—, es indudable que en esa compleja realidad, integrada en la unidad de la monarquía con pluralidad de reinos, se fue asentando la progresiva homogeneización sobre la concepción absolutista del poder existente en Castilla, más funcional a la plenitud soberana del monarca. El recurso al *contrafuero*, el *pase foral* y la estimación de los *agravios* constituyen formas de nulidad o anulabilidad de decisiones legislativas reales cuando el «decisionismo castellano» infringía el ordenamiento legal propio y originario del reino concernido por la norma real.

Sin embargo, señala F. Tomás y Valiente que «el revisionismo crítico del legado medieval» no se producirá hasta el siglo XVIII, que es el momento en que la monarquía alcanzará la plenitud de su potestad, construida sobre las 'regalías', la recuperación de poderes en manos de particulares o restringiendo el de las instancias señorial, municipal, universitaria y, sobre todo, atrayendo hacia sí las prerrogativas y facultades de los propios reinos. El ideal de Bodino de una soberanía basada en una autoridad suprema del príncipe, que es, por esencia, perpetua, inalienable, imprescriptible e indelegable estaba cada vez más próximo. La recuperación de poderes, rentas y oficios en el pasado enajenados era, por tanto, posible a través de un fuerte proceso de centralización administrativa, unificación institucional y racionalización del poder.

En efecto, la unidad de la Monarquía y la pluralidad de reinos se mantendrán hasta el siglo XVIII, momento en el que Felipe V promulga los Decretos de Nueva Planta. Por ellos, Valencia y —en menor medida— Aragón, Cataluña y Mallorca pierden sus

fueros y privilegios, mientras que, fieles a Felipe V, Navarra, Vizcaya, Guipúzcoa y Álava conservan sus peculiaridades forales. A partir de estos Decretos la concepción ‘pactista’ del poder quedó rota y fue sustituida por la formulación de la soberanía absoluta. Ello conducirá a que puedan calificarse —en posteriores decretos— los derechos e instituciones subsistentes del régimen anterior como «lo nuevo establecido». Unificación equivalió a castellanización, lo que valió tanto para el idioma, como para el derecho y las instituciones.

Llegados a este momento, con el inicio del Constitucionalismo liberal en 1812 se produce otro nuevo impulso centralizador representado en la unificación nacional del Derecho y del Mercado. Pero este impulso liberal no evitará que todo el siglo XIX esté afectado por una dialéctica entre tradición y modernidad, donde no es posible desconocer las tres Guerras Carlistas y el intento de Constitución Federal y Republicana de 1873. El carlismo supuso una reacción absolutista en toda regla en Navarra y los tres territorios vascos, que reivindican sus antiguos fueros y privilegios. Durante el siglo XIX la Ley de Confirmación de Fueros de 1839 ratifica los fueros y privilegios de Navarra y Vascongadas, sin perjuicio de la unidad de la Monarquía que personaliza el Estado. Más tarde, el régimen de *convenio* económico y fiscal de Navarra se reconocerá en una Ley de 1841 y el de *concierto* para las provincias vascas en 1876. Ni siquiera el liberalismo centralizador encarnado en nuestro constitucionalismo histórico pudo enfrentar con éxito el fin de los convenios y conciertos de carácter fiscal, auténticos privilegios medievales para vascos y navarros, que sobrevivieron *contra constitutionem* y en oposición frontal al principio constitucional de igualdad ante la ley, de legalidad tributaria y de tributación según la capacidad económica de cada cual. De esta manera, el hecho consumado de potencialidad constituyente —por utilizar la terminología de G. Jellinek— terminó desplazando a los preceptos de aplicación en las Constituciones del liberalismo español.

El último tercio del siglo XIX conoce procesos de industrialización acelerada en el País Vasco y en Cataluña, lo que reforzará los sentimientos identitarios y propiciará el surgimiento de partidos nacionalistas para salvaguardar las esencias culturales frente a los movimientos migratorios de otros territorios de España, cada uno con sus propias singularidades y con sus específicas esencias.

Añádase a todo ello la formidable inestabilidad política de nuestro constitucionalismo histórico, que guarda relación directa con la inexistencia de una Revolución burguesa y la debilidad de las clases medias que son incapaces de estructurar un *consensus básico* constitucional en torno a las reglas de juego de nuestra democracia política. Antes al contrario, el «efecto pendular» supondrá que las Constituciones políticas lo sean de la fracción coyuntural ganadora que la impone a la otra mitad de la nación Y

así se producirá una sucesión de textos que responden a los valores de la Monarquía de carácter liberal (básicamente las constituciones de 1812, 1837 y 1869) frente a las constituciones moderantistas de la Monarquía tradicional (a cuya filosofía responderían las constituciones de 1834, 1845 y 1876). A ellas hay que añadir un intento de proyecto constitucional republicano y federal en 1873, una experiencia republicana y democrática en 1931 pasando por la Dictadura de Primo de Rivera en 1923 y de Franco a partir de 1939.

Durante todo el siglo XIX y buena parte del XX, dos han sido los elementos estructurales del constitucionalismo español: la Monarquía, en su versión tradicional o constitucional, de una parte, y el regionalismo, en sus variantes federal o autonómica, de otra. Y sin embargo, con el concepto de constitución real o material en la mano tendríamos inmediatamente que concluir que uno de ellos, el regionalismo, ha estado absolutamente ausente de las seis constituciones que tuvieron vigencia durante el siglo XIX. No es así extraño que al declinar el siglo XIX y en los albores del XX se heredase un problema territorial pendiente de difícil resolución.

Durante la 'dictablanda' del General Berenguel, el 17 de agosto de 1930 tuvo lugar el llamado Pacto de San Sebastián. Con la asistencia de representantes de diversas fuerzas políticas republicanas (y otras que se adhirieron después) se adoptaron una serie de acuerdos orientados a poner fin a la Monarquía de Alfonso XIII y proclamar la Segunda República. Los representantes de Acción Catalana, Acción Republicana de Cataluña y Estat Catalá consiguieron el compromiso unánime para que Cataluña redactase libremente un Estatuto de Autonomía que sería sometido a refrendo de las Cortes. Y el mismo criterio habría de seguirse para otros territorios «con personalidad definida... dentro de la unión perfecta de todas ellas».

La breve vigencia de la Constitución Republicana de 1931 intentó dar respuesta a la demanda de descentralización del Poder mediante la configuración del 'Estado integral' y el acceso al autogobierno de los territorios afines en virtud del principio dispositivo. A su amparo cobraron escaso tiempo de vigencia los Estatutos de Autonomía de Cataluña y País Vasco, quedó inconcluso el de Galicia y apenas indiciado el de Andalucía. Ni que decir tiene que el principio de «unidad entre los hombres y las tierras de España, que es intangible» (IV de los consagrados en la Ley de Principios del Movimiento Nacional de 1958), predicado por el totalitarismo franquista, suspendió fulminantemente la vigencia de esta experiencia descentralizadora «en mala hora concedida por la República» y devolvió «a aquellas Provincias el honor de ser gobernadas en pie de igualdad con sus hermanas del resto de España» (Ley de 5 de abril de 1938, de derogación del Estatuto de Cataluña).

Habrá que esperar, pues, al término de la dictadura de Franco para que la respuesta institucional a la demanda de descentralización territorial conozca su más profunda plasmación a partir de la vigencia de la Constitución de 1978, no tanto por planificación del modelo desde su texto escrito, cuanto en la realidad de la práctica política desplegada desde la entrada en vigor de la vigente Constitución y de los Estatutos de Autonomía que la complementan y desarrollan.

3.3. La acomodación de las nacionalidades históricas a una nueva constitución federal. Los casos de Euskadi y Cataluña

3.3.1. Euskadi: la penetración historicista

En el momento presente podríamos decir que la realidad política y la práctica constitucional nos ponen de manifiesto que la acomodación de Cataluña y Euskadi a la Constitución han seguido caminos diferentes. Sin perjuicio de importantes y puntuales trasposos de competencias del Estado a ambas Comunidades Autónomas, creo que puede convenirse en lo siguiente: mientras que Cataluña ha profundizado su autogobierno en virtud del proceso racional-normativo consistente en dar la palabra al poder estatuyente, el País Vasco está actualizando su régimen foral con fundamento, también en la racionalidad constitucional que se abre a la penetración historicista, compatible con la Constitución, que se contiene en la Disposición Adicional Primera.

En efecto, tanto el vigente Estatuto Vasco como la llamada «Propuesta de Estatuto Político de la Comunidad de Euskadi» (conocido como Plan Ibarretxe) tiene su anclaje constitucional en la Disposición Adicional Primera que «ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales». En la amplia literatura que esta Disposición ha producido, tal cláusula constitucional ha sido calificada como «principio constitucional» (J. Corcuera), «garantía institucional de los derechos históricos» (T. Ramón Fernández), «irrupción de la historicidad en la normatividad» (M. Herrero de Miñón), «reconocimiento de un derecho de determinación propia» (B. Clavero), «norma permisiva» (F. Laporta), junto a las posiciones críticas sobre ella de García Pelayo, Sosa Wagner o Tudela Aranda.

El intento de institucionalización del régimen foral, por utilizar las palabras de J. J. Solozábal, ha recibido las más diversas valoraciones. Desde quienes piensan que se ha ido mucho más allá de lo que los proponentes de la famosa enmienda n.º 689 pudieron soñar hasta quienes consideran agotadas las posibilidades de una Disposición que no reconoce derechos originarios ni propone un pacto foral con la Corona. Sea como

fuere, lo cierto es que treinta y cinco años después de la entrada en vigor de la Constitución no existe una solución estable y se sigue discutiendo acerca de la dinámica potencial que propicia el bloque de la Constitucionalidad para Euskadi.

En todo caso es cierto que la penetración historicista en la racionalidad normativa de la Constitución, pensada para dar respuestas abstractas e imprecisas a problemas concretos de acomodación consensuada, ha tenido un efecto mimético en la segunda oleada de reformas estatutarias a partir de 2006. De esta manera, los nuevos Preámbulos de los textos reformados han recepcionado apelaciones históricas sobre hechos, singularidades y peculiaridades del pasado. Y los Títulos Preliminares acogen elementos identitarios y dobles legitimidades. Así, la «reintegración foral» luce en el Estatuto de Valencia, «derechos originarios» fundantes aparecen en el de Aragón y se han reforzado notablemente los elementos identitarios de los nuevos Estatutos de Andalucía, Baleares y Castilla-León.

Es palpable la falta de virtualidad práctica de muchas de estas apelaciones históricas en aquellos territorios donde no existe fractura social ni conflicto político, pero es también evidente el efecto mimético en torno a los elementos potenciales que, al parecer, contiene la legitimación histórica, aunque carezca de fundamento constitucional en estos otros lugares.

La verdad es que la Disposición Adicional Primera constituye un hecho singular positivizado por cuanto nos encontramos ante «el único caso del Derecho Constitucional comparado en que una Constitución moderna viene a dar un tratamiento de tamaño diferencia a derechos forales históricos» (O. Alzaga).

Si se lee detenidamente el alumbramiento de esta Disposición en el proceso constituyente pueden alcanzarse algunas conclusiones:

1. Los derechos históricos de los territorios forales sólo son predicables de Álava, Guipúzcoa, Vizcaya y Navarra.
2. El art. 150. 2 CE está inicialmente conectado con la Disposición Adicional Primera para transferir especialmente a estos territorios facultades correspondientes a materias de titularidad estatal. Otra cuestión es el uso que después se ha hecho de él a partir de los Pactos Autonómicos de 1992 para la ampliación de competencias de las Comunidades Autónomas que accedieron por la vía del art. 143 CE.

3. Se ha sostenido y criticado que la Constitución produzca una «novación» de los derechos históricos. Lo que parece deducirse, a la luz del debate constituyente, es que la suprema norma desconoce el carácter originario de los mismos. La Constitución no «reconoce y garantiza» sino que «ampara y respeta» los derechos históricos de los territorios forales. Por tanto, para el constituyente estos derechos no preceden a la Constitución ni tienen una legitimación distinta de la soberanía popular expresada a través del Poder constituyente y estatuyente.
4. Se ha dicho que «actualizar es acomodar el pasado a una realidad» (I. M. Lojendio). Tal vez por ello, en el estatus jurídico-político de los territorios forales el bloque de la Constitucionalidad ha producido una mutación en el sujeto que, sin perjuicio de la organización territorial interna, hoy es la Comunidad Autónoma.
5. Así las cosas, la única norma apta para llevar adelante la actualización de los derechos históricos es el bloque de la constitucionalidad, y a partir de la Disposición Adicional Primera, pues, en todo caso, como dice el Consejo de Estado, este precepto «forma parte, guste o no, de la apertura que caracteriza a nuestro sistema de distribución territorial del poder».

Se trata de un intento difícil de conciliación entre la legitimidad histórica y la legitimidad democrática para dar entrada a «la diversidad en la diversidad» (Tomás y Valiente), quebrando el síndrome de emulación entre Comunidades Autónomas que el principio dispositivo previsto en la Constitución ha propiciado hasta la fecha. Tal vez la solución esté en caminar como, ha señalado G. Jauregui, hacia una sociedad fuertemente democrática y participativa que esté marcada por una forma de asociación más rica y más fuerte que las relaciones contractuales de los mercados y que, sin embargo, no sea tan vinculante como las relaciones identitarias exigidas por el comunitarismo constitutivo.

En auxilio de preservar la diversidad vienen los hechos diferenciales constitucionalmente protegidos, como son las lenguas cooficiales, el derecho civil foral o especial, el hecho insular, el régimen económico y fiscal propio de determinados territorios y la foralidad. Frente a las concreciones materiales o reales de las cuatro primeras, la foralidad es la que más contenido potencial posee respecto de un régimen especial de competencias y una singular capacidad de auto organización interna, según han puesto ya de manifiesto los propios Estatutos de Autonomía.

Por lo demás, la reforma de los Estatutos de autonomía ha difuminado la distinción constitucional entre nacionalidades y regiones, desde el punto y hora en que son varias y diversas las Comunidades Autónomas que en sus Estatutos se han autocalifi-

cado como nacionalidad histórica. La posición de que «no cabe fundamentar en la distinción constitucional entre nacionalidades y regiones asimetría alguna, al margen de algunos hechos diferenciales, la lengua y el derecho civil especial como acervo cultural» (J. Tajadura) es compartida por un amplio sector de la doctrina, pero parece estática y reduccionista a la luz de la práctica constitucional seguida hasta la fecha.

El decurso histórico ha propiciado la transformación de «territorios» en «pueblos» y de «régimen foral» en «derechos originarios», en un salto de la racionalidad normativa de la Constitución a la visión historicista de los Estatutos. (Laporta). Ahora bien, difícilmente los ‘pueblos’ pueden ser titulares de derechos ni el derecho de autodeterminación se predica —en Derecho, valga la redundancia— de las entidades territoriales internas de un Estado constituido.

Seguramente nadie pretende hoy una restauración foral de instituciones incompatibles con el constitucionalismo democrático, siquiera sea por la radical oposición entre fuero y constitución normativa. Si consideramos —como hace Laporta— que la Disposición Adicional Primera es «una norma permisiva o, mejor, una norma facultativa, es decir una norma que habilita a hacer o no hacer determinada cosa», más allá del reconocimiento constitucional, competencial y fiscal alcanzado, el agotamiento o, por el contrario, la activación de sus hipotéticas posibilidades tendrán que venir conectadas a la voluntad de la ciudadanía, al principio democrático, a la expresión de las urnas en cada momento, que será el escrutinio inapelable que mida el grado de satisfacción ciudadana con los niveles de autogobierno.

3.3.2. Cataluña: la fractura soberanista

Por lo que se refiere a Cataluña el próximo 11 de septiembre de 2014 se pretende celebrar por los nacionalistas el trescientos aniversario del asedio a Barcelona de las tropas de Felipe V. La conmemoración incluiría la celebración de un referéndum que, en el ejercicio del «derecho a decidir», derivase hacia un proceso de secesión de España y la constitución de un nuevo Estado Catalán. Entretanto, y hasta que ese momento llega, el Govern ha creado un Consejo Asesor para la Transición Nacional y ha convocado unas jornadas de estudio con el significativo título de *España contra Cataluña: una mirada histórica*.

Hasta el año 2004 España dispuso de un modelo Autonómico que funcionaba razonablemente. En él, Cataluña jugaba un papel importante en la gobernación general del Estado, papel que se incrementaba en los gobiernos minoritarios a cuya estabilización contribuía el nacionalismo catalán representado por CiU. La máxima auto-

nomía dentro de la unidad del Estado había sido la regla general de la reafirmación política de Cataluña como entidad territorial y política. Así lo fue en tiempos de la I República de la mano de Pi i Margall. Y en la lucha contra la centralización de la Restauración canovista también estuvo el nacionalismo nucleado en torno a la Lliga Regionalista, a las Bases de Manresa y al éxito electoral de Solidaridad Catalana. La creación de la Mancomunidad de Municipios a principios del siglo XX fue un momento simbólico importante como lo fue también la declaración unilateral de independencia del Estat catalán en 1873 y dos veces más en el marco de la Segunda República (1931 y 1934).

La Constitución Española de 1978 volvió la vista hacia la republicana de 1931 estableciendo el derecho a la autonomía a través del principio dispositivo. Bajo sus procedimientos distintos pudieron constituirse inmediatamente en Comunidades Autónomas «los territorios que en el pasado hubiesen plebiscitado afirmativamente proyectos de Estatuto de Autonomía». Una vía, sin duda, privilegiada para alcanzar con rapidez el máximo techo competencial permitido por la Constitución y reinstaurar las instituciones de gobierno históricas de la Generalitat (President, Govern, Parlament etc.).

Es un dato cierto que la Constitución de 1978 fue aprobada en Cataluña por el 90 % de los votos válidos emitidos. Funcionó, pues, la movilización popular en torno al lema de «libertad, amnistía y Estatut de Autonomía». La pregunta ahora es: ¿Qué ha sucedido en estos treinta y cinco años para que haya prosperado un clima ‘soberanista’ y se haya incrementado notablemente el desapego hacia España?

En mi opinión CiU, como partido bisagra y garante de la gobernabilidad en Madrid, ha disfrutado de una sobre-representación política que le ha permitido, a cambio de estabilizar gobiernos minoritarios, incrementar su haz de competencias, redefinirse como sujeto político en virtud de ciertos derechos históricos y consolidar los hechos diferenciales y simbólicos (cultura, lengua propia, bandera, himno, escudo, etc.).

Esta socialización política en valores nacionales ha sido en buena medida posible en virtud de:

1. Las políticas de *inmersión lingüística* llevadas a cabo por los Gobiernos de Puigol y Mas, consolidando el catalán como lengua vehicular en la enseñanza, en las Administraciones Públicas, en los medios de comunicación de masas, etc. Ha habido, por consiguiente un abandono de la cooficialidad constitucional de lenguas, expresado, incluso, con sanciones por rotular comercios en castellano.

2. El uso de los símbolos exclusivos de Cataluña se ha generalizado en las instituciones públicas y privadas, en perjuicio de los elementos de identidad españoles que prácticamente han desaparecido (banderas, himno, etc.).
3. La enseñanza de la historia común de España, más o menos consensuada en los niveles de educación básica, ha sido sustituida por otra planteada en términos de conflicto, donde Cataluña aparece con frecuencia oprimida en sus libertades por el Estado español.
4. Se ha extendido con rapidez la generalizada idea de que Cataluña aporta demasiado a la solidaridad interterritorial. Por ello se incluyó en el nuevo Estatuto de Autonomía de 2006 el «principio de ordinalidad» y por ello se reivindica la publicación de las balanzas fiscales en un intento de demostrar que Cataluña aporta más que ingresa del conjunto del Estado. El problema se ha simplificado en el grito de «España nos roba», olvidando que quienes pagan los impuestos son la ciudadanía y las empresas y no los territorios.
5. La frustración por el autogobierno con esta Constitución tuvo su origen en los avatares de la última reforma estatutaria. El texto surgido del Parlament de Catalunya (que el candidato a la Presidencia del Gobierno José Luis Rodríguez Zapatero se comprometió a respetar) contenía notables excesos que desbordaban la vigente Constitución. Por ello fue enmendado a su paso por las Cortes Generales en su tramitación y, tras su aprobación en referéndum por el pueblo de Cataluña, el Tribunal Constitucional procedió a anular determinados preceptos e interpretar otros para considerarlos conformes a la Constitución. Aunque en el texto han sobrevivido la apelación a ciertos derechos históricos, una suerte de co-soberanía estatutaria y la mención en el Preámbulo de la calificación de Cataluña como «nación», la sensación de frustración ha crecido bastante. Al punto de que con motivo de la discutible reforma constitucional del artículo 135 CE, el Parlament decretó, mediante Resolución aprobada el 30 de septiembre de 2011, el fin del consenso constitucional al declarar que la reforma «abre una nueva etapa en las relaciones entre Cataluña y España».
6. A finales de 2011 los observadores políticos dedujeron que la presión nacionalista pretendía como objetivo conseguir para Cataluña un ‘concierto’ o ‘convenio’ fiscal similar al que disfrutaban las Comunidades Autónomas Vasca o Navarra. Sin embargo, los acontecimientos parecen haberse precipitado. La declaración soberanista del Parlament, la creación del Consejo Asesor para la Transición Nacional, la preparación de nuevas estructuras estatales, la reivindicación del refe-

réndum en 2014 para ejercitar el «derecho a decidir», justo cuando se cumplen trescientos años del asedio a Barcelona, han propiciado una situación de difícil reversión.

7. El referéndum que los ‘segregacionistas’ reclaman está fuera del ámbito de disposición de las competencias asumidas por el Estatuto de Cataluña. Más aún, el artículo 192 EAC lo excluye expresamente al considerarlo competencia exclusiva del Estado. Recuérdese que el art. 92 de la Constitución, desarrollado por la LO 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum, le confiere exclusivamente carácter consultivo, además de exigir que sea convocado por el Rey, a propuesta del Presidente del Gobierno, previa autorización del Congreso de los Diputados por mayoría absoluta, teniendo como cuerpo electoral la ciudadanía de todo el territorio nacional.
8. Es obvio que no nos encontramos ante un derecho de resistencia a la opresión por parte de un Estado, que fue el fundamento de la Declaración de Independencia en 1776 de las trece colonias norteamericanas frente a la metrópoli inglesa. Tampoco se trata del ejercicio del ‘principio de las nacionalidades’ que en el siglo XIX otorgó cobertura al surgimiento de procesos de unificación territorial para construir un Estado-Nación (por ejemplo, Italia). Y mucho menos estaríamos en presencia del ejercicio del principio de autodeterminación de los pueblos, postulado por Naciones Unidas en los años sesenta y setenta del siglo XX, para aplicarlo al proceso de descolonización y al surgimiento de nuevos Estados en África y Asia. Aquí se trata de un intento de acceso a la independencia que rompe la integridad territorial de un Estado plenamente constituido, al margen de todo procedimiento establecido en la Constitución.
9. Así la cosas, se celebre o no el referéndum de autodeterminación, cabe preguntarse qué respuestas ofrece la Constitución ante una declaración unilateral de independencia de Cataluña:
 - a. Si el referéndum se convocase al margen de los procedimientos previstos en la Constitución y en sus leyes de desarrollo, tal convocatoria podría ser fulminantemente paralizada por el Tribunal Constitucional. En paralelo, el Gobierno, previo requerimiento al Presidente de la Comunidad Autónoma y, caso de no ser atendido, con la aprobación por mayoría absoluta del Senado, podrá proceder a la llamada «ejecución federal forzosa». Es decir, al amparo del artículo 155 CE podrá suspender la autonomía de esa Comunidad, con fundamento en grave atentado contra el interés general de España, y obligar

al cumplimiento forzoso de las obligaciones constitucionales, a cuyos efectos podrá dictar instrucciones a todas las autoridades de esa Comunidad.

- b. Otra medida aun más extrema sería la posibilidad de declarar el estado de excepción. Ello podría producirse ante una grave perturbación del ejercicio de los derechos y libertades de la ciudadanía o una grave alteración del funcionamiento de las instituciones democráticas o de los servicios públicos: Para su declaración el Gobierno deberá obtener autorización previa del Congreso de los Diputados y delimitar el ámbito territorial al que afecte la situación excepcional. Aunque tales posibilidades estén previstas en el artículo 116 CE, la realidad es que se trata de medidas tan extremas y traumáticas que presuponen el fracaso de toda racionalidad y diálogo en el conflicto. Además, tal declaración de estados excepcionales recuerdan los peores momentos de represión de la dictadura franquista por lo que en todo Estado social y democrático de Derecho deben ser repudiadas.
- c. Mejores opciones, sin duda, representan las basadas en la negociación y el diálogo. Ella podría acometerse en el marco de la Comisión bilateral Estado-Generalitat, prevista en el artículo 183 EAC, como instancia adecuada de relación, a fin de evitar la convocatoria ilegal de un referéndum. En último extremo, sería el lugar apropiado para establecer las bases de ese referéndum consultivo, previa modificación de la Ley de modalidades de Referéndum, fijando el ámbito territorial de la consulta, el quórum necesario de participación y la mayoría suficiente para aprobación, previo establecimiento de una pregunta clara y sencilla, y con las garantías adecuadas de una campaña informativa en libertad y seguridad.
- d. En todo caso, se lleve a cabo o no el referéndum, es necesario un proceso de acomodación de las nacionalidades que de manera sostenida han acreditado tensiones históricas (Cataluña y País Vasco) a un nuevo marco de convivencia y entendimiento. Para ello se hace imprescindible la reforma de la vigente Constitución en sentido federal. El ‘pacto federal’ surgido de ese nuevo momento constituyente, deberá conjugar para estos territorios una mayor autodeterminación política compatible con un Estado federal único, aunque no unitario, que salvaguarda en todo caso la igualdad de derechos y libertades fundamentales del conjunto de la ciudadanía con independencia del lugar de residencia.

3.3.3. Andalucía: la reforma tranquila

Se ha dicho hasta la saciedad que en la mente del constituyente no estaba la generalización del proceso autonómico y que fue el acceso a la autonomía de Andalucía, por la dificultosa vía del artículo 151, la que reconfiguró el panorama autonómico y quebró el modelo abierto, pero claramente indicado en la Constitución, de la diferenciación entre «nacionalidades» y «regiones». A partir de aquí se propiciaron los acuerdos autonómicos de 1981, la fijación del mapa territorial y la homologación política básica de la estructura institucional de todas las Comunidades Autónomas. La gran aportación de Andalucía al establecimiento del Estado Autonómico será la ruptura del modelo asimétrico y la construcción de un paradigma territorial planteado en términos de igualdad básica entre los distintos territorios, salvo los hechos diferenciales amparados y protegidos por la Constitución. Los acuerdos autonómicos de 1992 ampliaron los techos competenciales de las Comunidades Autónomas que habían accedido por la vía lenta del artículo 143 CE y durante veinticinco años aproximadamente el sistema de descentralización ha fluido razonablemente permitiendo la construcción del Estado social y la consecución de las mayores cuotas de bienestar nunca conocidas en España.

A pesar de que a finales del siglo XX el sistema político empieza a dar sensaciones de fatiga y la Constitución muestra a las claras sus limitaciones y posibilidades, se incrementa la mitificación de la Constitución y del consenso constitucional que la hizo posible. Durante demasiado tiempo se ha mantenido desde ciertos sectores de opinión y desde alguna fuerza política una suerte de ideología de la no reforma, de la sacralización de los textos vigentes, de la intangibilidad de la Constitución y de los propios Estatutos.

Ello no obstante, es lo cierto que la inexistencia de ‘consenso básico’ entre las dos grandes fuerzas políticas estatales, en orden a la reforma constitucional, ha impedido el necesario y sosegado debate sobre la conveniencia de dar la palabra al Poder Constituyente. Y esta sacralización de la intangibilidad de la Constitución y de la bondad intrínseca de la suprema norma vigente, este exceso de idolatría hacia el espíritu de la Transición ha propiciado que las costuras estallasen por la vía de las reformas estatutarias en un intento —desde el País Vasco y Cataluña— de cambiar la Constitución a través de la reforma de los Estatutos. No otra cosa fue el encallado Plan Ibarretxe, rechazado por su vehemente contenido en el Congreso de los Diputados, y el Proyecto de Estatuto de Cataluña, corregido por las Cortes Generales y por el Tribunal Constitucional.

Situación bien distinta, por cierto, a la vivida durante la Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, aprobado mediante Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, Nos encontramos ante un texto de similar potencialidad a la del Estatuto de Cataluña,

pero con importantes diferencias de filosofía y concepción. Se trata de una reforma planteada desde la lealtad institucional y el respeto debido a los límites y posibilidades constitucionales e inspirada por el deseo de profundizar el sistema de autogobierno propio, renovar el pacto estatutario y actualizar el desarrollo del Estado autonómico en su conjunto.

A la hora de enjuiciar la reforma autonómica en Andalucía es necesario destacar varios elementos. En primer lugar, el hecho de que nos encontramos ante la única Comunidad Autónoma que conquistó su nivel de máximo autogobierno a través de la figura del referéndum y que con su peculiar proceso autonómico reconfiguró el Estado asimétrico basado en la distinción entre «nacionalidades» y «regiones». Por otra parte, habida cuenta del peso político, geográfico y demográfico de Andalucía en el conjunto del Estado es bastante plausible que el modelo estatutario que Andalucía ha adoptado termine por elevarse a pauta general en la reforma territorial del Estado para el primer tercio del siglo XXI.

Es conveniente recordar que no nos encontramos ante una reforma seguidista de ninguna otra. Baste observar la fecha en que el presidente de la Junta de Andalucía, Manuel Chaves, propone la posibilidad de reforma (Debate sobre el Estado de la Comunidad de junio de 2001) para que podamos afirmar que la propuesta presidencial se realiza ligada a una directriz política de alcance denominada la Segunda modernización de Andalucía. Tampoco es menor el dato de que se trata de un Estatuto pactado y consensuado con la práctica totalidad de las fuerzas políticas del arco parlamentario, al obtener 306 votos favorables de los 308 diputados presentes y un apoyo del 99,35 % de los votos emitidos. Es, a diferencia del Estatuto de Cataluña, una norma dotada de una altísima legitimación político-parlamentaria.

Es un Estatuto pensado desde las posibilidades y límites que permite la Constitución. Por ello la asunción competencial se efectúa teniendo presente el respeto a los títulos de intervención estatal, a las bases que deba dictar el Estado sobre las distintas materias, a las leyes orgánicas como fuentes de derecho estatal (LOPJ, LOREG, etc.) y a las resoluciones que durante veintisiete años ha ido adoptando el Tribunal Constitucional por vía de recursos de inconstitucionalidad o conflictos de competencias sobre las más diversas materias.

4. Principio de igualdad y Estado Autonómico

Octavio Salazar Benítez

Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Córdoba

4.1. ¿Crisis o cambio de paradigma?

Ante la situación económica y social que estamos viviendo, y ante las consecuencias políticas que de ella están derivándose, lo primero que tenemos que plantearnos es si realmente estamos ante una crisis meramente coyuntural o si, por el contrario, estamos asistiendo a un cambio de paradigma que está erosionando los pilares del Estado social y democrático de Derecho.

De hecho comprobamos cómo el equilibrio entre el control de los poderes y la garantía de los derechos se vuelve cada vez más inestable, ya que la ausencia o debilidad de los primeros, muy especialmente frente a los dueños y señores de la economía, convierten a las segundas en puro formalismo o, en el mejor de los casos, las someten a unos condicionantes que aminoran o dificultan su efectividad. Es decir, la *lex mercatoria* que dicta las reglas de una globalización despiadada reduce a escombros los cimientos de unos Estados que se construyeron amparados en la lógica del sometimiento al Derecho y de una comunidad internacional que un día soñó con la utopía de unos derechos humanos universalmente garantizados¹. Y todo ello al tiempo que las instituciones

1 Como bien explica Gerardo Pisarello, «esta *lex mercatoria*, construida en torno al carácter fundamental del derecho de competencia y de las libertades de mercado, se ha convertido en una suerte de

democráticas demuestran sus limitaciones y piden a gritos una serie de reformas que les otorguen mayor legitimidad y eficacia².

Asistimos pues a un escenario conflictivo en el que se ponen en entredicho los valores que sustentaron un modelo de contrato social y, por tanto, de ciudadanía. De manera esquemática, podemos afirmar que la «pugna» se proyecta en tres escenarios que se retroalimentan:

1. La ideología del mercado vs. los valores del constitucionalismo.
2. La racionalización y la sostenibilidad vs. la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales.
3. La vulnerabilidad y la exclusión vs. la igualdad.

Estas tensiones están provocando de hecho una permanente traición de los objetivos constitucionales que quedan subordinados a los deberes que imponen la estabilidad presupuestaria, la eficiencia económica o los intereses de los mercados. De esta manera, quedan en suspenso, o como mínimo subordinados a principios considerados prioritarios en la actualidad, los ambiciosos objetivos marcados por el preámbulo constitucional —«garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo, promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida»—, por no hablar de los que tal vez con un exceso de optimismo proclamaron las reformas estatutarias realizadas a partir de 2006, de las que sin duda constituye el ejemplo más rotundo el Estatuto andaluz de 2007 (en adelante, EAA)³.

No cabe duda de que el principio de igualdad es uno de los ejes transversales que fundamentan lo que podríamos denominar apuesta política del Estatuto de Autono-

constitución supraestatal y ha impuesto un rígido corsé a las posibilidades de desarrollo de los derechos sociales en el ámbito interno». PISARELLO, GERARDO: «Las garantías de los derechos sociales en tiempos de crisis: entre la disolución y la reconstrucción», en VV.AA.: *Derechos sociales*, Universidad de Oviedo, 2012, p. 53.

2 En este sentido, estamos asistiendo a lo que Francisco Balaguer denomina «interpretación económica de la Constitución», la cual está provocando, entre otros efectos, una alteración de los principios y derechos constitucionales. BALAGUER CALLEJÓN, FRANCISCO: «Una interpretación constitucional de la crisis económica», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 19, enero-junio 2013.

3 Un exceso de optimismo que, en buena medida, podemos entender frenado por la interpretación que sobre la inclusión de derechos en los Estatutos de autonomía realizó el TC en sus sentencias 247/2007 y 31/2010. Sobre el Estatuto andaluz como «paradigma de protección estatutaria del Estado social», véase AGUDO ZAMORA, MIGUEL: *La protección multinivel del Estado Social*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 75 y ss.

mía para Andalucía aprobado en 2007. Una apuesta que se expresa con rotundidad en el art. 10.1, que copia y completa el contenido del art. 9.2 CE, y que se proyecta en el resto de objetivos que incluye dicho artículo y en buena parte del Título I dedicado a «derechos sociales, deberes y políticas públicas», y de manera mucho más concreta en los principios rectores del art. 37.

Puede resultar hasta paradójico que justo cuando el EAA realiza este conjunto de proclamaciones es cuando se inicia una crisis económica cuyo efecto más negativo desde el punto de vista de la ciudadanía está siendo el debilitamiento de las garantías de sus derechos y, con carácter general, el aumento de las desigualdades. Hasta el punto de que empieza a hablarse de una ciudadanía «censitaria»⁴. El resultado evidente es que todos nos hemos vuelto más vulnerables, al tiempo que se ha acrecentado la fragilidad de quienes ya de por sí se encontraban, por circunstancias personales o sociales, en situación de precariedad.

Es fácil constatar el deterioro de nuestras condiciones sociales y económicas, hasta el punto de que se están poniendo en peligro ‘los mínimos’ sin los que es posible mantener una vida digna. Este deterioro nos demuestra que la vulnerabilidad está relacionada fundamentalmente con la ineficaz garantía de los derechos sociales, económicos y culturales. Es decir, con aquellos que carecen, en su mayoría, y en sistemas constitucionales como el nuestro, de las garantías más reforzadas y que continúan siendo las ‘cenicientas’ en unos Estados, y no digamos en una comunidad internacional, que continúan anclados en la servidumbre decimonónica de la libertad. De esta manera, asistimos a una constante ‘traición’ de lo que parecía consolidado como ‘espíritu’ del Estado Social, comprometido con la permanente mejora de las condiciones de vida y con el reto de procurar la igualdad de oportunidades entre la ciudadanía.

En definitiva, es el principio de igualdad el que es permanentemente ‘traicionado’, tanto en su dimensión formal como material⁵. Es decir, por una parte, cada vez son más las personas discriminadas en el acceso a determinados bienes y derechos por sus ‘circunstancias personales y sociales’, como podría ser, su situación laboral precaria, la ausencia de empleo o, en general, la ausencia de unas condiciones mínimas de bienestar para tener una existencia digna y para desarrollar un plan de vida con autonomía.

4 RODOTÀ, STEFANO: *Il diritto di avere diritti*, Bari, Laterza, 2002, p. 90.

5 Deberíamos tener presente como la Encuesta Social Europea de 2008, realizada en 27 países europeos, puso de manifiesto la existencia de dos valores que presentan un efecto positivo en el apoyo al Estado de Bienestar en Europa: el *igualitarismo* y la empatía con los *mayores*. MORENO, LUIS: *La Europa asocial*. Barcelona: Península, 2012, p. 76.

Por otra parte, los poderes públicos esquivan el mandato que marca el art. 9.2 CE consistente en ‘remover los obstáculos’ que impiden que la igualdad sea real y efectiva.

Todo ello nos sitúa, en la actualidad con más urgencia que nunca, ante la tan debatida cuestión de las garantías de los derechos sociales, las cuales suelen quedar constitucionalmente hablando en manos de la voluntad política y en una posición subordinada a la primacía de los derechos civiles y políticos⁶. Justo ahora, en un contexto internacional de aumento de las desigualdades y de crisis de determinados valores que habíamos considerado como irrenunciables, es cuando debería insistirse en un «cambio de paradigma» que supusiera una auténtica alternativa al modelo neoliberal y a la concepción de los derechos que deriva de él. Un cambio que debería pasar por situar los derechos económicos, sociales y culturales como los prioritarios, ya que sin ellos es imposible mantener una existencia digna y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), así como por garantizar el principio de progresividad y no regresividad de los mismos (art. 10.2 CE).

4.2. El Estado social y democrático de derecho *en serio*

Tomarnos los derechos sociales ‘en serio’ implica tomarnos en serio ‘el principio de igualdad’, tanto en su dimensión formal como muy especialmente en la material⁷. Ello supone un proyecto político que se sustanciaría en los siguientes objetivos:

1. La superación de las limitaciones de la igualdad formal ante la ley.
2. La remoción de los obstáculos que impiden la igualdad real y efectiva de los individuos y grupos.
3. La actuación positiva, y en su caso diferenciada, sobre los individuos y grupos que no disfrutan de igualdad de oportunidades.

6 Un claro ejemplo de estas «débiles» garantías lo encontramos en el capítulo IV del Título I del EAA, en el que aunque se dice que «la prohibición de discriminación del art. 14 y los derechos reconocidos en el capítulo II vinculan a todos los poderes públicos andaluces y, dependiendo de la naturaleza de cada derecho, a los particulares», se produce una remisión a las leyes aprobadas por el Parlamento, las cuales «determinarán las prestaciones y servicios vinculados, en su caso, al ejercicio de estos derechos» (art. 38). Reiterando lo establecido en el art. 53.3 CE, mucho más frágil resulta aún la garantía de los principios rectores (art. 40.1), los cuales deberán ser impulsados por los poderes públicos andaluces mediante «la legislación pertinente, la garantía de una financiación suficiente y la eficacia y eficiencia de las actuaciones administrativas».

7 En este sentido debemos destacar cómo la decisión del Tribunal constitucional portugués, de 5 de abril de 2013, de declarar inconstitucionales varios preceptos de la Ley de Presupuestos del Estado para 2013 (suspensión de las pagas extraordinarias de los funcionarios, rebajas en los subsidios de desempleo y de enfermedad) se basa en el principio de igualdad.

4. El entendimiento de la igualdad como reconocimiento de las diferencias. Estos cuatro ejes suponen, en definitiva, la proyección jurídico-constitucional de la necesaria conexión entre 'bienestar, solidaridad y democracia'. Una conexión que obliga a establecer diferenciaciones normativas, tal y como por ejemplo prevé el art. 10.1 EAA, que vayan dirigidas a reducir o eliminar las situaciones de vulnerabilidad y cuya «justificación objetiva y razonable» se apoye precisamente en las condiciones socio-económicas y culturales de desigualdad.

Es necesario insistir en que uno de los objetivos prioritarios del Estado social debe ser reducir al mínimo posible las situaciones de vulnerabilidad de los individuos, de manera que dicho concepto podría entenderse como la otra cara del principio de igualdad. Es decir, a 'mayor igualdad, menos vulnerabilidad'. De ahí la necesidad de actuación positiva de los poderes públicos en aquellos casos en los que las condiciones personales o sociales impidan a los individuos el disfrute de una «igual dignidad». Y de ahí también la necesidad de entender el constitucionalismo como una fuerza transformadora, gracias al cual es posible avanzar en la garantía de los derechos humanos que constituyen procesos vivos y sometidos a los envites políticos, económicos y culturales. Un compromiso que, obviamente, debería incidir de manera singular en aquellos sectores, grupos o colectivos que encuentran más obstáculos para, como mínimo, aspirar a las cotas de felicidad que en última instancia debería garantizar un Estado social y democrático de Derecho. En este sentido, y en el contexto de crisis económica que estamos viviendo, no deberíamos olvidar que por ejemplo el art. 26 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos incluye también entre las posibles causas de discriminación la «posición económica», la cual constituye sin duda en la actualidad el factor esencial de diferenciación injusta de muchos individuos. Un factor que, a su vez, se acrecienta si le vamos sumando otras posibles causas de discriminación.

La apuesta por la igualdad pasa necesariamente por subrayar el adjetivo «social» entre los que califican al Estado, pues solo desde su primacía será posible a su vez mantener indemnes los restantes. Dicho de otra manera, difícilmente un Estado podrá ser democrático y de Derecho si el estatuto de la ciudadanía no se construye sobre las condiciones sociales, económicas y culturales que son las que, a su vez, pueden hacer posible el mejor y más completo ejercicio de los derechos fundamentales. Al mismo tiempo, esa primacía de lo social debe conectarse de manera irremediable con la dimensión democrática y, por tanto, con las posibilidades reales de los individuos y de los grupos de tener voz en el espacio público y de participar en la toma de decisiones que les afectan. De ahí la interconexión de los diferentes dimensiones que detectamos en el art. 9.2 CE, los cuales, debidamente interpretados, deben conducirnos a un modelo democrático mucho más participativo y deliberativo, en definitiva más *republicano*.

A su vez, todas estas exigencias concluyen en la definición de la justicia desde una perspectiva bidimensional, es decir, teniendo en cuenta tanto una dimensión distributiva como de reconocimiento. Ambas dimensiones confluyen en lo que Nancy Fraser denomina «paridad de participación», es decir, en un sistema que permita a todos los miembros de la sociedad interactuar entre sí como pares⁸. Para que ello sea posible se requieren dos condiciones sociales: una objetiva —la distribución de recursos debe asegurar la independencia y la voz de los participantes— y otra subjetiva —los patrones institucionales de valor cultural han de expresar igual respeto para todos los participantes y han de asegurar la igualdad de oportunidades—.

Asumir esta perspectiva supone, a su vez, romper con la división clásica de los derechos entre liberales y sociales, desde el momento en que entendemos que los recursos socioeconómicos y culturales son necesarios para el ejercicio de las libertades civiles y políticas. Al contrario, los derechos sociales «constituyen la condición de posibilidad de la existencia efectiva de tales derechos civiles y políticos y, con ella, de la permanencia misma de la democracia»⁹. Por lo tanto, es necesario otorgar a los derechos sociales la máxima protección jurídica y situarlos como prioridad entre las exigencias éticas de la democracia¹⁰. Y tomarnos en serio en consecuencia la dimensión social de la ciudadanía, la cual ha de entenderse y garantizarse en íntima conexión con la política. Dicha exigencia quedaría plasmada de manera rotunda en el reconocimiento de una renta básica a todos los individuos, la cual haría efectiva, de manera universal e incondicional, la dimensión emancipatoria que debería tener el Estado Social¹¹.

Esa concepción bidimensional de la justicia requiere del auxilio permanente de una ciudadanía activa y comprometida con los derechos humanos. Por lo tanto, ahora más

8 FRASER, NANCY: *Dilemas de la Justicia en el siglo XXI: Género y globalización*. M.^a Antonia Carbone-ro y Joaquín Valdivieso (eds.), Palma, Universitat de les Illes Balears, Palma, 2011, p. 305.

9 VALLÉS, JOSEP M.^a: «Los derechos sociales como mercancía», *El País*, 11-9-2013.

10 En este sentido debemos entender los derechos sociales no sólo como expectativas de prestaciones sino como «inmunidades frente al poder, como derechos negativos que obligan al legislador a no privar a las personas de recursos básicos». PISARELLO, GERARDO: «Derechos sociales, democracia e inmigración en el constitucionalismo español: del originalismo a una interpretación sistemática y evolutiva», en AÑÓN, M.^a JOSÉ (ed.): *La universalidad de los derechos sociales. El reto de la inmigración*. Valencia: PUV-Tirant lo Blanch, 2004, p. 55.

11 Así se expresa la Iniciativa Ciudadanía Europea que reclama una Renta básica universal, la cual fue admitida el 14 de enero de 2013. El plazo para formalizar la recogida del millón de firmas necesarias es de un año. La iniciativa señala que dicha renta habría de ser universal, individual, incondicional y suficiente para garantizar una existencia digna y la participación de todos los individuos en la sociedad <www.basicincome.2013.eu/ubi/> [consultada el 3-4-2013].

que nunca es necesaria la presencia activa de la ciudadanía, a través de cauces que hagan eficaces sus derechos de participación, como medio no solo de ejercicio del poder sino también del control de su ejercicio. Por ello, y para garantizar precisamente que las situaciones de vulnerabilidad se reduzcan al máximo, es necesario fortalecer los instrumentos participativos de las democracias, de forma que sea posible su evolución hacia modelos deliberativos, de manera que se reduzca al mínimo la colonización de las instituciones representativas por las maquinarias partidistas.

La incidencia del movimiento ciudadano contra los desahucios es el mejor ejemplo de cómo es posible incidir en las políticas públicas y lograr así el amparo de los más vulnerables. En esta línea sería necesario ampliar y mejorar las posibilidades de acciones procesales de carácter colectivo y, por ejemplo, plantear la posibilidad de que un colectivo ciudadano pudiera interponer un recurso de inconstitucionalidad, además de fomentar y superar las limitaciones que sistemas constitucionales como el nuestro establecen para el ejercicio de la iniciativa legislativa popular o para la participación en de los colectivos ciudadanos en los procedimientos legislativos. Todo ello acompañado de la inversión «en estructuras organizativas y en procedimientos de buena gobernanza en los niveles local y supranacional, lo que implica, entre otros factores, una revalorización de los deberes de transparencia e información por parte de los Estados, pero también por parte de las corporaciones u organizaciones sociales encargadas de hacer efectivos los derechos»¹².

Junto al importante papel que el razonamiento y la deliberación públicas han de jugar en la efectiva garantía de los derechos, habría que situar el esencial que en dicha función han de desempeñar jueces y tribunales. Nuestro sistema de garantía de los derechos fundamentales, excesivamente concentrado en el Tribunal constitucional y nacido de una clara desconfianza hacia la actuación de los jueces ordinarios, debería reorientarse hacia un mayor peso de estos en una doble función que corre en paralelo: control del poder y garantías de los derechos. Ello debería pasar necesariamente en nuestro país por reformar sustancialmente los mecanismos procesales que dificultan esa acción protectora y por la modernización de una Administración de Justicia cuyas estructuras personales y materiales lastran su eficacia.

En este sentido, es fundamental el papel de garantía de los derechos, y a su vez de control de los otros dos poderes del Estado, que pueden ejercer los jueces en nuestro sistema a través de la cuestión de inconstitucionalidad y, con relación a la aplicación del Derecho Comunitario, a través de la denominada cuestión prejudicial.

12 PRESNO LINERA, MIGUEL: «Presentación», en PRESNO LINERA, M. A. y WOLFGANG STARLET, I. (ed.): *Los derechos sociales de emancipación*. Cizur Menor, Aranzadi, 2010, p. 23.

Este papel crucial del poder judicial podría incidir incluso en la denuncia de las omisiones legislativas y el incumplimiento de las obligaciones constitucionales por parte de los otros dos poderes del Estado, de manera singular en todo lo relativo en la efectividad de los derechos fundamentales¹³. Y así, desde la perspectiva de los sujetos que se hallen en condiciones de especial vulnerabilidad, llegar incluso a proclamar lo que con mucho acierto la Corte Constitucional colombiana ha denominado «estado de cosas inconstitucional»¹⁴.

En este sentido, una de las claves en la actuación judicial debería ser la argumentación del «principio de no regresividad» de los derechos económicos, sociales y culturales como «una norma jurídica constitucional que impone mayores niveles de exigencia a las políticas sociales del Estado y no un simple mandato de optimización»¹⁵.

En esta reactivación del papel de la justicia ha de jugar un papel esencial, como parece obvio, la ciudadanía, bien de manera individual o a través de las asociaciones y colectivos representativos de sus intereses. Son estos los que, de hecho, en los últimos años están procurando la activación de mecanismos judiciales de protección de los más débiles frente a los que controlan el poder político y económico¹⁶. Hay por lo tanto una estrecha relación entre las posibilidades de ‘activación’ de los mecanismos judiciales de protección de nuestros derechos y la capacidad de la ciudadanía para organizarse colectivamente para la defensa de sus intereses así como para controlar las políticas públicas.

Junto al papel primordial que han de desempeñar los jueces y tribunales, no cabe despreciar la relevancia de otros instrumentos de garantía que pueden contribuir al control de las políticas públicas y a la defensa de los valores constitucionales de dignidad

13 En este sentido cabe destacar cómo la Constitución brasileña de 1988 contempla en su art. 103.2 la «omisión de medidas para hacer efectiva una norma constitucional», una previsión que podría entenderse por tanto referida tanto a la actuación del legislativo como del ejecutivo.

14 Por ejemplo, la Corte constitucional colombiana declaró el «estado de cosas inconstitucional» con respecto a la violación «masiva, prolongada y reiterada» de los derechos de la población desplazada por la violencia. (sentencia T-025 de 2004). La Corte, que desde 1997 en que lo hizo por primera vez ha declarado dicho estado en varias ocasiones, considera como fundamentos del mismo: 1) Que se produzca una repetida violación de derechos fundamentales de muchas personas; 2) Que la vulneración no sea imputable únicamente a la autoridad demandada, sino que repose en factores estructurales.

15 ESTRADA VÉLEZ, SERGIO: «Algunos aportes desde la teoría de los principios jurídicos a la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Naturaleza y función del principio de no regresividad», en ESPINOZA DE LOS MONTEROS, J. y ORDÓÑEZ, J. (coord.): *Los derechos sociales en el Estado constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 272.

16 Véase como ejemplo significativo la decisión del Tribunal Supremo que el 8 de enero de 2013 anuló las denominadas «cláusulas suelo» hipotecarias «si no son transparentes». Una sentencia que tuvo su origen en una acción promovida por la Asociación de Usuarios Bancarios AUSBANC.

y bienestar. Así debería subrayarse el papel de las Defensorías del Pueblo en cuanto freno de determinadas decisiones y políticas. Piénsese por ejemplo en el caso de la estatal dada su legitimación para interponer recursos de inconstitucionalidad¹⁷. Ahora bien, la eficacia de este tipo de instituciones dependerá de su grado de independencia con respecto al poder legislativo del que suelen depender y, muy especialmente, del perfil y compromiso individual que muestren los titulares de la institución. Entre los instrumentos cuyo uso deberían potenciar estaría las recomendaciones de reformas legislativas¹⁸, así como su estrecha colaboración con el Ministerio Fiscal en cuanto institución encargada también de velar por la tutela de los derechos.

Además, y en la medida en que la mayor parte de las actuaciones que inciden en lo que aquí estamos calificando como situaciones de vulnerabilidad social se llevan a cabo a través de políticas públicas, sería necesario desarrollar mecanismos más eficaces de evaluación y control de las mismas. Unos controles que habrían de materializarse a través de instrumentos independientes de las instancias de gobierno —y, por lo tanto, que deberían actuar sin dependencias partidistas— y en las que fuera posible contar con representantes de los sectores y colectivos sociales que se vieran singularmente afectados por las medidas.

4.3. La democracia paritaria como presupuesto del Estado de bienestar

La realización efectiva del Estado social y democrático de Derecho pasa necesariamente por la superación de los obstáculos que todavía hoy siguen impidiendo que las mujeres, algo más de la mitad de la ciudadanía, sigan encontrando obstáculos para acceder a determinados bienes o ejercer determinados derechos en condiciones de igualdad. No podemos perder de vista que la desigualdad de género es transversal a todos los contextos y condiciones personales y sociales, de manera que sobre ella se acumulan y multiplican otros factores que generan discriminaciones¹⁹.

17 Ahora bien, en la práctica, y a pesar de que por ejemplo numerosas organizaciones sociales se han dirigido a la Defensoría del Pueblo estatal solicitando la presentación de un recurso de inconstitucionalidad contra diversos preceptos de los decretos-leyes aprobados en 2012 en materia social, la institución no ha planteado ninguno argumentando «prudencia» y escasez de miedos y tiempo. ESCOBAR ROCA, GUILLERMO: «Defensores del Pueblo y derechos sociales en tiempos de crisis», en PRESNO LINERA, MIGUEL (coord.): *Crisis económica y atención a las personas y grupos vulnerables*. Oviedo: Procuradora General del Principado de Asturias, 2012, pp. 250-251.

18 ESCOBAR ROCA, GUILLERMO: «Defensores del Pueblo y derechos sociales en tiempos de crisis», *op. cit.*, p. 252.

19 En este sentido, no está de más recordar que, por ejemplo, la Ley 50/1997, de 27 de noviembre,

Los obstáculos que las mujeres siguen encontrando para el ejercicio pleno de la ciudadanía no sólo se mantienen sino que se incrementan en unos momentos en los que, en nombre de la estabilidad presupuestaria, se recortan las políticas que pretendían remover los obstáculos que impiden una igualdad de género real y efectiva. Todo ello, además, en el marco de unas políticas públicas que no hasta relativamente poco tiempo no han asumido la igualdad de mujeres y hombres como un principio estructural. No hay que olvidar que «históricamente, los Estados de bienestar se han configurado en torno a la cobertura de contingencias del ciclo vital masculino (falta de ingresos debida al desempleo, accidentes de trabajo o jubilación), lo que ha hecho que otras contingencias (como las consecuencias laborales del embarazo y la maternidad, o los cuidados a personas dependientes dentro del hogar) hayan resultado desatendidas o, en todo caso, se hayan considerado como un ‘problema de mujeres’»²⁰.

La consecución de la igualdad efectiva de mujeres y hombres pasa por la superación de la división jerárquica público/privado y de la correspondiente asignación de roles y responsabilidades entre hombres y mujeres. Un reto que está íntimamente ligado a la supervivencia del Estado de bienestar, sobre todo en el contexto mediterráneo en el que las mujeres han desempeñado una función clave en la cobertura de cuidados familiares y en la atención de personas dependientes²¹. En este sentido, uno de los más significativos avances producidos en la última década en nuestro país fue la aprobación de Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia²², cuyo desarrollo y aplicación está siendo precisamente una de las más afectados por la crisis. De alguna manera,

del Gobierno, obliga a que todos los reglamentos vayan acompañados de «un informe sobre el impacto por razón de género» de las medidas que en ellos se establezcan. En el mismo sentido, el art. 45.1.a) de Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

20 MORENO, LUIS: *La Europa asocial*, op. cit., p. 102.

21 En este modelo lo más habitual ha sido que las mujeres, al tiempo que se iban incorporando al mundo profesional y laboral, mantuvieran las responsabilidades del ámbito doméstico. De esta manera se han visto obligadas a convertirse en una especie de «supermujeres». Como bien analiza Luis Moreno, «los sacrificios y actividades de este tipo de *mater familias* han sido cruciales para la cohesión social de las sociedades mediterráneas, para su crecimiento y para una mayor igualdad de género. Sin embargo, y a medida que la hiperactividad de las supermujeres ha disminuido gradualmente y el familismo ambivalente se ha transformado, en los últimos decenios ha aflorado un crecimiento vacío en la provisión familiar de servicios personales con amplias repercusiones para los estados de bienestar del sur de Europa». MORENO, LUIS: *La Europa asocial*, cit., p. 103.

22 De hecho, al ser las Comunidades autónomas las responsables directas de la gestión de los servicios sociales en colaboración con los entes locales, se ha llegado considerar «la implementación de la Ley de Dependencia como una prueba de fuego de la federalización política de España». MORENO, LUIS: *La Europa asocial*, cit., p. 109.

el seguimiento de la aplicación de este importante instrumento normativo nos ofrece un auténtico 'laboratorio' desde el que detectar el deterioro progresivo de las políticas sociales, así como para analizar de qué manera las mismas deberían articularse en un Estado descentralizado como el nuestro.

El compromiso con la igualdad real de mujeres y hombres se ha hecho también explícito, en mayor o menor medida en los nuevos Estatutos de autonomía, siendo de nuevo el andaluz el que lo expresa con mayor contundencia. De hecho, es la primera norma institucional básica que incluye entre sus objetivos la promoción de la democracia paritaria (art. 10.2). Y no es casual que lo haga justo después de proclamar el compromiso con la igualdad material (art. 10.1 CE) y antes de los objetivos básicos que se enumeran en el art. 10.3. De esta manera, queda claro que no sólo la igualdad de mujeres y hombres, sino también el modelo político en que ha de materializarse —la democracia paritaria—, se proyecta transversalmente en todo el Estatuto y, por lo tanto, ha de hacerlo también en todas las políticas que se adopten por los poderes públicos andaluces.

En este sentido, no debemos olvidar que el término *gender mainstreaming*, consolidado en el Derecho Comunitario, implica no sólo introducir el género como una categoría transversal sino también principal en la actuación de los poderes públicos. Como, además, la mayor parte de las materias que inciden de manera efectiva en la igualdad de género corresponden al ámbito competencial autonómico, no cabe duda de que las Comunidades Autónomas han de jugar un papel esencial en la promoción de la misma²³. En consecuencia, habría de ser prioritaria también la evaluación de las políticas públicas teniendo en cuenta no sólo como en su diseño sino también en su aplicación y desarrollo han contribuido a conseguir una real igualdad de género.

El compromiso con la igualdad de género pasa necesariamente por dos objetivos que se retroalimentan entre sí y que deberían ser tenidos en cuenta por los poderes públicos:

1. La consolidación y mejora de un Derecho antidiscriminatorio basado en el reconocimiento de los «sistemas de opresión» y que, por lo tanto, tenga en cuenta cómo en el caso de las mujeres operan al mismo tiempo diferentes vectores discriminatorios que multiplican su vulnerabilidad. Es lo que se ha calificado como discriminación «interseccional»²⁴. A ello habría que sumar la que deriva de las discriminaciones indirectas que resultan más difíciles de controlar y que

23 Véase en este sentido el contenido competencial que sobre políticas de género establece el art. 73 EAA.

24 BARRÈRE UNZUETA, MARÍA ÁNGELES: «La interseccionalidad como desafío al *mainstreaming* de género en las políticas públicas», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 87-88, 2010, pp. 225-252.

son el resultado de la pervivencia de unos patrones sociales y culturales de raíz patriarcal. En la consolidación de este Derecho antidiscriminatorio, y aun siendo esencial la actuación de los poderes públicos, de nuevo los jueces habrán de jugar un papel crucial en cuanto que serán los que ante situaciones concretas podrán detectar mejor y subsanar las discriminaciones sufridas por las mujeres. Una acción que, no lo olvidemos, debería estar acompañada de políticas públicas auténticamente transformadoras de un orden social y cultural que prorroga la subordinación de la mitad de la humanidad.

2. La gran revolución pendiente en las democracias contemporáneas pasa por redefinir un 'contrato social' que en buena medida sigue apoyándose en el 'contrato sexual' que durante siglos ha servido para mantener la división entre lo público y lo privado, así como la subordinación derivada de ese reparto jerárquico. Ello pasa no sólo continuar con las políticas que permitan la incorporación de las mujeres a lo público, sino también por extender y consolidar la incorporación de los hombres al ámbito privado²⁵. Al mismo tiempo, habría que desarrollar los servicios públicos dedicados a las funciones de cuidado de las personas dependientes —menores de edad, mayores, enfermos—, lo cual contribuiría a la creación de puestos de trabajo, al tiempo que provocaría un aumento de la recaudación fiscal al permitir que las mujeres desarrollaran plenamente su capacidad laboral²⁶. Este proceso requeriría, además de políticas públicas, de un amplio catálogo de acuerdos entre actores y agentes sociales, lo cual repercutiría no sólo obviamente en la consecución de una mayor igualdad de género sino también en una mayor productividad general de las economías²⁷. Todo ello habría de llevarnos a una modificación sustancial de los espacios y tiempos de nuestras sociedades, de forma que se generaría un nuevo modelo de ciudadanía, la denominada «ciudadanía»²⁸, apoyada en el valor social y económico de los cuidados y en la corresponsabilidad de hombres y mujeres tanto en lo público como en lo privado.

25 Sobre estas cuestiones véase SALAZAR BENÍTEZ, OCTAVIO: *Masculinidades y ciudadanía. Los hombres también tenemos género*. Madrid: Dykinson, 2013.

26 MORENO, LUIS: *La Europa asocial*, cit., p. 187.

27 MORENO, LUIS: *La Europa asocial*, cit., p. 201.

28 RODRÍGUEZ RUIZ, BLANCA: «Hacia un Estado post-patriarcal. Feminismo y Ciudadanía», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 149, julio-septiembre 2010, pp. 87-122.

4.4. La sostenibilidad del Estado Social

La mayor dificultad con la que se encuentran las políticas promotoras de una igualdad real de mujeres y hombres radica, más allá de en la voluntad política, en el coste económico que generan. De hecho, están siendo las principales sacrificadas en estos tiempos de crisis. Por lo tanto, la gran cuestión a la que debemos responder es cómo garantizar la sostenibilidad del Estado de bienestar en un contexto en el que priman los equilibrios presupuestarios y la austeridad. Unos principios que hacen cada vez más complicado mantener el triple reto al que se enfrenta el Estado Social en el siglo XXI: la 'equidad de género', la 'equidad intergeneracional' y, en un país descentralizado como el nuestro, la 'equidad interterritorial'. Las respuestas a estas tres dimensiones de la igualdad deberían plantearse teniendo en cuenta las siguientes exigencias:

1. La creación de fórmulas de gobernanza multinivel, en las que quede claro el ámbito competencial de cada entidad territorial así como los mecanismos de cooperación y solidaridad. En el caso concreto de nuestro país, la supervivencia del Estado social está ligada inexorablemente a la necesidad de reformar determinados aspectos sustantivos del modelo autonómico —desde mi punto de vista, en clave federal— así como los correspondientes mecanismos institucionales que todavía hoy dificultan o hacen imposible el diálogo y la cooperación. Además, y en dirección contraria a las últimas propuestas realizadas por el gobierno central, sería necesario potenciar el papel de las autonomías locales en la satisfacción de unos niveles mínimos de bienestar de la ciudadanía.
2. Un sistema de financiación que parta de los mismos presupuestos axiológicos en los que se apoya el Estado social y que, por tanto, tenga presentes criterios como los desequilibrios territoriales o la necesidad de mecanismos de compensación. Un sistema que, además, debería gozar de una cierta estabilidad y no debería estar sujeto a los vaivenes políticos. En este sentido, y en conexión con el objetivo anterior, debería garantizarse una suficiente financiación de las entidades locales que son las que finalmente acaban prestando buena parte de los servicios que inciden en la calidad de vida de la ciudadanía.
3. La incorporación de nuevas formas de gestión pública, contando con técnicas «manageriales» tomadas de la empresa privada²⁹. Algo que no debe suponer una privatización de dichos servicios sino una mejora de todo el proceso en el

29 Sobre estas propuestas véase PORRAS NADALES, ANTONIO: «El Estado Social», en VV.AA., *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid: Tecnos, 2011, pp. 629 y ss.

que se materializan, desde su mismo diseño por parte de las instancias políticas pertinentes hasta la evaluación de sus resultados. Unas reformas que, insisto, deberían ir unidas a otras que incidan en la mayor grado de participación ciudadana en el diseño y control de las políticas públicas, así como todas aquellas institucionales que hagan posible una mayor calidad democrática.

4. La plena efectividad de la «equidad fiscal progresiva», que ha llegado a calificarse como «fundamento moral que hace posible la existencia de los Estados de bienestar europeos», y la persecución de las distintas formas de «fraude, ocultación y escape fiscales»³⁰.
5. Una concepción también «progresiva» de determinadas prestaciones, en el sentido de que las mismas se garanticen en distintos grados en función de la situación socio-económica de los individuos³¹. Sólo así podrán garantizarse épocas de escasez de recursos, y al menos en determinados ámbitos (educación, cultura, sería mucho más discutible la sanidad), las exigencias redistribuidoras que deberían garantizar unos mínimos de justicia social.
6. Estos objetivos, sin embargo, no se verán satisfechos si no imponemos «una interpretación constitucional de la crisis económica» que, entre otras cosas, permita recuperar la democracia pluralista y revitalizar la normatividad de la Constitución. Y ello pasa necesariamente por «situar el principio del equilibrio presupuestario dentro del contexto constitucional, como un elemento más de un sistema que debe respetar las condiciones formales y materiales de la democracia pluralista»³². Una interpretación que, a su vez, debe llevarnos a asumir que la cuestión central es la necesidad de revisar el modelo económico dominante, de tal manera que frente al dogma fracasado de «crecer primero para redistribuir después», intentemos la alternativa de «redistribuir primero para crecer más y mejor»³³.

30 MORENO, LUIS: *La Europa asocial*, cit., p. 185.

31 En esta línea habría que revisar determinadas previsiones como la que realiza el Estatuto de Autonomía andaluz sobre la gratuidad de los libros de texto (art. 21.4).

32 BALAGUER CALLEJÓN, FRANCISCO: «Una interpretación constitucional de la crisis económica», cit.

33 VALLÉS, JOSEP M.^a: «Los derechos sociales como mercancía», cit.

5. Apuntes sobre una posible reforma federal del poder judicial

Blanca Rodríguez Ruiz

Profesora de Derecho Constitucional, Universidad de Sevilla

5.1. El marco jurídico-constitucional de partida. Los artículos 149.1.5 y 152.1 CE, su interpretación y su desarrollo normativo

Afirma Pablo Lucas que la relación entre el Poder Judicial y las Comunidades Autónomas «no figuraba entre las preocupaciones principales» en materia autonómica; que se discutía sobre ella al hilo de la polémica suscitada por problemas singulares, pero que un debate más profundo, «en comparación con el que se ha producido en torno a otros extremos, es relativamente reciente»¹. La razón se remonta a la escasa voluntad de descentralización del poder judicial que muestra nuestro texto constitucional. Con el principio de unidad jurisdiccional como trasfondo (artículos 117.5 y 122.1 CE), la Constitución otorga al Estado central competencias exclusivas en materia de Administración de Justicia (artículo 149.1.5 CE)², para a continuación dejar casi exclusivamente también en sus manos la organización del poder judicial, como poder de un Estado que aspira a ser políticamente descentralizado (artículo 152.1 CE).

1 LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: «Título V. El Poder Judicial en Andalucía. Presentación», en CRUZVILLALÓN, P. y MEDINA GUERRERO, M. (dirs.), PARDO FALCÓN, J. (coord.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía, Parlamento de Andalucía*, 2012, pp. 2147-2153, en p. 2147.

2 Que como poder del Estado el poder judicial sea objeto de distribución de competencias, resulta llamativo y parece reflejo de la idea de que es, además, un servicio público.

En este terreno, la Constitución permite a las Comunidades Autónomas participar en la organización de las demarcaciones judiciales de su territorio en los supuestos y las formas que establezcan sus Estatutos, siempre de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial —en adelante LOPJ— y en coherencia con el principio de unidad jurisdiccional. Se trata, en palabras del Tribunal Constitucional, de «una excepción a la regla general que reserva a la competencia exclusiva del Estado la Administración de Justicia (...) abriendo, además, la posibilidad de asunción de competencias por las Comunidades Autónomas al margen del juego de los artículos 148 y 149 de la norma fundamental» (STC 56/1990, de 29 de marzo, FJ 14).

Pese a la aparente contundencia de las disposiciones constitucionales en la materia, la realidad autonómica ha pugnado por encontrar su hueco dentro de la unidad jurisdiccional que proclama la Constitución, y por ganar terreno a las previsiones de los artículos 149.1.5 y 152 CE, a través de una interpretación flexible del primero y amplia del segundo. Casi todos los Estatutos de Autonomía se detuvieron a contemplar su relación con la Administración de Justicia y el poder judicial, anticipándose a la aprobación de la LOPJ, a la que se remitían «*per saltum*» (STC 56/1990, FJ 14 *in fine*). En el marco del artículo 149.1.5 CE, su instrumento fueron las conocidas como «cláusulas subrogatorias»³. A través de estas, Estatutos de Autonomía como el andaluz (artículo 52.1 EAAAnd 1981⁴) se arrogaron la posibilidad de ejercer, en materia de Administración de Justicia, «todas las facultades que la LOPJ y la LO del CGPJ reconocieran o atribuyeran al gobierno del Estado». En el marco del artículo 152.1 CE, Comunidades Autónomas como la andaluza (artículo 52.2 EAAAnd 1981) recogieron la posibilidad de «fijar la delimitación de las demarcaciones territoriales de los órganos judiciales» de la comunidad autónoma, de conformidad con lo que estableciera la LOPJ.

Estas aspiraciones autonómicas encontraron su réplica en la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Partiendo del principio de unidad jurisdiccional, y de la unidad de la competencia estatal sobre Administración de Justicia, la LOPJ afirmó el carácter unitario de los cuerpos de funcionarios al servicio de la administración de justicia, definidos como Cuerpos Nacionales (artículo 454.2 LOPJ). Este hecho limitó las posibilidades de las Comunidades Autónomas de ejercer sus facultades en materia de Administración

3 CRUZVILLALÓN, P.: «La Administración de Justicia en el Estatuto de Andalucía», VV.AA.: *El Poder Judicial*, vol. 2, Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1983, pp. 913-943, en p. 130; DE OTTOY PARDO, I.: *Estudios sobre Derecho estatal y autonómico*, Madrid: Cívitas, 1986, p. 198.

4 Vid. también los artículos. 35.3 EAPV; 18.1 EACat; 20.1 EAG; 41.1 EAAs; 39.1 EAMu; 39.1 EACV; 32.1 a) EAAr; 27 a) EACM; 27.1 EACan; 60.1 LORARFN; 47 EAEx; 52.1 EAIB; 50.1 EAMA.

de Justicia (artículo 149.1.5 CE) con base en cláusulas subrogatorias. Al mismo tiempo, dentro del marco del artículo 152.1 CE, la LOPJ redujo el papel de las Comunidades Autónomas en la demarcación de partidos judiciales a la posibilidad de presentar una propuesta no vinculante a dicha demarcación —*vid.* también Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial, en adelante LDYPJ—.

Las tensiones entre las previsiones estatutarias, de un lado, y las LOPJ y LDYPJ, de otro, culminaron en la presentación de recursos de inconstitucionalidad contra estas por parte de algunas Comunidades Autónomas, lo que obligó al Tribunal Constitucional a ejercer de árbitro en la materia (*vid.* SSTC 56/1990, de 29 de marzo; 62/1990, de 30 de marzo⁵). Sus decisiones resultaron en la definición de un equilibrio inestable entre Comunidades Autónomas y Estado central en torno a los artículos 149.1.5 y 152.1 CE, fruto de la interacción entre los tres elementos que integran el bloque de la constitucionalidad en materia de poder judicial: la Constitución como norma habilitante, los Estatutos de Autonomía como normas primarias de asunción competencial y la LOPJ que establece el marco de dicha asunción competencial, prevaleciendo pues sobre los segundos⁶.

- a. En relación con el artículo 149.1.5 CE y las cláusulas subrogatorias, el Tribunal Constitucional señaló que estas constituyen una técnica peculiar de asunción de facultades y funciones (que no de competencias) por parte de las Comunidades Autónomas distinta de la transferencia y delegación de competencias a que se refiere el artículo 150.2 CE (STC 56/1990, FJ 5). Y para salvar la constitucionalidad de los Estatutos de Autonomía que incluían dicha cláusula, y al mismo tiempo preservar el carácter nacional de los cuerpos de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia proclamado por la LOPJ, el Tribunal se acogió a una lectura del artículo 149.1.5 CE que permite entender la expresión «Administración de Justicia» en un doble sentido: uno estricto que abarca la Administración de Justicia como jurisdicción, y uno amplio que abarca la administración de la Administración de Justicia, entendiendo por tal la gestión de los medios personales y materiales a su servicio.

5 En la primera de ellas, el Tribunal Constitucional resolvió recursos de inconstitucionalidad contra la LOPJ, presentados por el Parlamento de la Generalidad de Cataluña, por su Consejo Ejecutivo, por la Junta de Galicia y por el Gobierno Vasco. En la segunda, resolvió recursos de inconstitucionalidad contra la LDYPJ presentados por el Parlamento de la Generalidad de Cataluña, por su Consejo Ejecutivo, por las Cortes de Aragón y por la Diputación General de Aragón.

6 *Vid.* ÁLVAREZ CONDE, E.: «El ámbito competencial del Consejo General del Poder Judicial y las Comunidades Autónomas», *Revista del Centro de Estudios Constitucional*, n.º 16, pp. 9-45, en p. 10.

A partir de esta distinción, el Tribunal especificó que la competencia reservada en exclusiva al Estado se refiere tan solo a la Administración de Justicia en sentido estricto. Las cláusulas subrogatorias tienen pues cabida en la Constitución en la medida en que con ellas las Comunidades Autónomas asumen facultades y funciones en materia de «administración de la Administración de Justicia» (STC 56/1990, FJ 6), que se convierte así en una «competencia estatal autonomizada»⁷.

El Tribunal Constitucional, eso sí, sometió las cláusulas subrogatorias a una serie de límites (STC 56/1990, FJ 8). Están, ante todo, los límites que se desprenden de su propia naturaleza, a saber: solo pueden actuar en materia de administración de la Administración de Justicia, solo dentro su respectivo ámbito autonómico, y solo sobre aspectos que la LOPJ reserve al Gobierno o alguno de sus departamentos⁸.

Además, el Tribunal Constitucional dispuso que solo pueden incidir en atribuciones no centrales en materia de administración de la Administración de Justicia, entendiendo que ciertas cuestiones deben permanecer inaccesibles a las Comunidades Autónomas y en manos del Gobierno de la nación. Esto es especialmente así en materia de personal, habida cuenta del carácter nacional que la LOPJ atribuye a los cuerpos al servicio de la Administración de Justicia —el margen de las Comunidades Autónomas para acogerse a la cláusula subrogatoria en materia de medios materiales es más amplio (*vid.* STC 56/1990, FJ 12)—. Y dispuso, asimismo, que el ámbito de aplicación de las cláusulas subrogatorias se limita a facultades gubernativas, de ejecución simple o reglamentaria, no de naturaleza legislativa. En materia de personal al servicio de la Administración de Justicia, estas facultades se encuentran reservadas a la LOPJ por mandato constitucional (artículo 122.1 CE (*vid.* STC 56/1990, FJ 10). Todo ello al margen de que puedan existir otros títulos competenciales con incidencia en la materia.

El Tribunal Constitucional dispuso, en fin, que dentro de estos límites la delimitación de las materias abiertas a la aplicación de cláusulas subrogatorias corresponde realizarla a la LOPJ. Es a esta a quien corresponde delimitar el ámbito de la administración de la Administración de Justicia. Es a ella a quien, dentro de este ámbito, le correspon-

7 PULIDO QUECEDO, M.: «Reforma y territorialización del poder judicial», en PAU I VALL, F. (coord.): *Parlamento y Poder Judicial*, Madrid: Tecnos, 2007, pp. 43-62, p. 54.

8 Sobre esta base, el Tribunal Constitucional consideró constitucional la regulación por la LOPJ de la situación derivada de la conversión de los Juzgados de Distrito en Juzgados de Primera Instancia e Instrucción (D.T. 3.ª.1.4.º *in fine*). Pese a tratarse de una disposición de carácter ejecutivo, su regulación directamente por el Legislador se traduce en la falta de una de las premisas de la subrogación, lo que en este caso se justifica por el «carácter meramente transitorio y de respuesta a un proceso generalizado de reordenación judicial» de la medida (STC 56/1990, FJ 11).

de atribuir competencias ejecutivas al Gobierno del Estado o uno de sus órganos (no en menoscabo, sino como condición de aplicación de las cláusulas subrogatorias⁹), o dejarlas en manos del Consejo General del Poder Judicial —en adelante CGPJ—. Como entra también dentro de su margen constitucional de decisión definir como Nacionales los Cuerpos al Servicio de la Administración de Justicia, otorgando una dimensión supra-autonómica a todo lo que afecta a su selección¹⁰, formación, perfeccionamiento, ascenso, situaciones administrativas o su régimen disciplinario¹¹; lo cual impide la aplicación de la cláusula subrogatoria por las Comunidades Autónomas en estas materias, que pueden en todo caso coadyuvar mediante técnicas de colaboración o auxilio (STC 56/1990, FJ 11)¹².

Como contrapartida, el Tribunal Constitucional dispuso, en una «interpretación estatutaria de la Constitución»¹³, que la LOPJ no puede obstaculizar o dificultar la aplicación de la cláusula subrogatoria en supuestos en que esta pueda efectivamente ser de aplicación, estando en este punto sujeta a control de constitucionalidad (STC 56/1990, FJ 9)¹⁴.

9 Es el caso de la remisión al Gobierno para que apruebe los reglamentos de desarrollo de la LOPJ (D.A. 1ª LOPJ) —cuestión distinta es el uso que este haga de su potestad reglamentaria (STC 56/1990, FJ 11.k)—, o para la provisión de medios materiales (STC 56/1990, FJ 12.a); de la remisión al Ministerio de Justicia del nombramiento de Secretarios de Juzgados de Paz (artículo 50.3 LDYPJ —STC 62/1990, FJ 6.i); o la atribución al Ministerio de Justicia de la facultad de instar la inspección de juzgados y tribunales (artículo 171.4 LOPJ), salvo en Comunidades Autónomas cuyos Estatutos contengan cláusulas subrogatorias relativas a las facultades del Gobierno en materia de Administración de Justicia (STC 56/1990, FJ 13.b).

10 Puede así el legislador estatal establecer el conocimiento de una lengua oficial propia de una Comunidad Autónoma como mérito para los concursos de provisión de plazas para los órganos sitos en su territorio (artículo 471 LOPJ). La competencia estatal sobre la materia justifica que pueda remitirse al ejecutivo estatal para regular ese mérito, que afecta, dice el Tribunal Constitucional, a todos los funcionarios de la Administración de Justicia por igual (STC 56/1990, FJ 11.d).

11 A ello se une la competencia para regular la actuación y adscripción a órganos judiciales o fiscales del Cuerpo Nacional de Médicos Forenses (artículo 497.1 LOPJ), la prestación de servicios en los Institutos de Medicina Legal (artículo 504.2 LOPJ), o la creación de Cuerpos o Escalas. La contratación laboral no está sujeta, en cambio, a la pertenencia a un cuerpo nacional (artículo 508.3 LOPJ) y está por tanto abierta a la aplicación de la cláusula subrogatoria (STC 56/1990, FJ 11).

12 Puede así aplicarse la cláusula subrogatoria en la provisión de destinos en órganos de ámbito territorial igual o inferior al de la Comunidad Autónoma. En esos casos, «la unidad de Cuerpo ha de traer consigo la necesaria colaboración de cada una de las Comunidades Autónomas competentes con el Ministerio de Justicia, en los términos que prevea una futura y necesaria normativa» (STC 56/1990, FJ 11.a).

13 BALAGUER CALLEJÓN, F.: «Poder Judicial y Comunidades Autónomas», *Revista de Derecho Político*, n.º 47 (2000), pp. 53-67, en p. 58.

14 Así, el TC declaró inconstitucional el artículo 37.4 LOPJ, por ordenar que la provisión de medios materiales por las Comunidades Autónomas con competencia en la materia se llevara a cabo mediante ley y someterla a un informe vinculante del CGPJ (*vid.* Real Decreto 142/1997, de 31 de enero, sobre

Esta doctrina jurisprudencial —resumidamente expuesta— logró disolver algunas tensiones puntuales entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia judicial. Con ella, sin embargo, la relación entre uno y otras en este punto dista mucho de estar resuelta. Para empezar, las cláusulas subrogatorias no se perfilan como cláusulas atributivas de competencias. Antes bien, con ellas, las Comunidades Autónomas se limitan a arrogarse la posibilidad de ejercer ciertas facultades y funciones sobre materias cuya competencia sigue siendo estatal. Y como titular de la competencia sobre dichas materias, el Estado puede, en principio, privar a las Comunidades Autónomas de esa facultad —privando al gobierno de la competencia ejecutiva sobre ellas, por ejemplo—.

De este modo, el derecho estatal mantiene su posición de prevalencia. Pero, por un lado, los Estatutos de Autonomía deben atenerse a lo establecido en la LOPJ, el Tribunal Constitucional obligó a la LOPJ, por otro, a respetar las posibilidades de aplicación de dichas cláusulas subrogatorias. Estamos pues en presencia de lo que se ha llamado «técnica del doble envío: por un lado, de los Estatutos a la LOPJ y, por otro, de esta a los contenidos estatutarios»¹⁵. Y si bien la LOPJ prevalece en principio sobre estos, sus cláusulas subrogatorias aspiran a influir sobre la primera en el diseño de una competencia que se quiere, no «exclusiva (del Estado) en sentido estricto», sino «exclusiva en sentido impropio o amplio»¹⁶, en un proceso de delimitación competencial fruto de un diálogo entre ambas. Todo lo cual resulta en un «esquema de reparto desequilibrado y no siempre racional, que fragmenta las competencias ejecutivas y de gestión entre el Consejo General del Poder Judicial, el Ministerio de Justicia y los propios Ejecutivos autonómicos, condenando así a las Comunidades Autónomas al ejercicio de competencias más bien residuales»¹⁷.

traspaso de funciones de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía, en materia de provisión de medios materiales y económicos para el funcionamiento de la Administración de Justicia, ampliado por los Reales Decretos 2074/1999, de 30 de diciembre, y 1787/2004, de 31 de enero). Hoy tras la reforma introducida por la LO 19/2003, de 23 de diciembre, el artículo 37 LOPJ reconoce al órgano autonómico con competencias en justicia la facultad de proveer a juzgados y tribunales de medios precisos para el desarrollo de sus funciones con independencia y eficacia, previo informe anual del CGPJ en que relate las necesidades que estime existentes. Como excepción, el Estado conserva competencias sobre medios materiales relativos a oficinas de ámbito nacional, como el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia (artículo 434 LOPJ), o el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (artículo 480.1 LOPJ).

15 ÁLVAREZ CONDE: «El ámbito competencial del Consejo General del Poder Judicial...», cit., pp. 6-7.

16 PORRAS RAMÍREZ, J. M.: «El Poder Judicial en Cataluña, según el Estatut y el Tribunal Constitucional. Limitaciones y posibilidades de desarrollo de un modelo», *REAF*, n.º 12 (2011), pp. 331-362, en p. 333.

17 *Ibidem*, p. 335.

- b. En relación con el artículo 152.1 CE, el Tribunal Constitucional basó su decisión en la distinción entre los conceptos de planta y de demarcación judicial, distinción que, junto a una interpretación literal de dicho artículo, le permitió respaldar una interpretación restrictiva de las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de demarcación judicial, siempre sujetas a las previsiones de la LOPJ. Según el Tribunal, «el establecimiento de la planta judicial supone determinar los Juzgados y Tribunales a los que se atribuye el ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado (art. 117.3 de la C.E.)», determinando en concreto su tipo y su número. Por su parte, la organización de la demarcación judicial se presenta como una operación complementaria de la anterior. Se trata de circunscribir territorialmente los órganos jurisdiccionales que previamente han quedado definidos en el establecimiento de la planta judicial como parte del principio de unidad jurisdiccional (art. 35.1 LOPJ), a lo que hay que añadir la localización de la capitalidad de cada uno de los órganos judiciales.

Pues bien, el artículo 152.1, párrafo segundo, de la Constitución, ha permitido que las Comunidades Autónomas asuman competencias participativas en la organización de las demarcaciones judiciales, pero no en el establecimiento de la planta judicial, que, en todo caso, es competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.5.a de la C.E.), ya que se trata de una operación que requiere un diseño global en todo el territorio nacional (STC 56/1990, FJ 15). Y, en coherencia con otros preceptos constitucionales, ha permitido que asuman dichas competencias en demarcaciones de ámbito diferente a la provincia y a la Comunidad Autónoma, ya fijadas por la Constitución (artículos 141.1 y 152.1 CE), siempre, de nuevo, de conformidad con lo previsto en la LOPJ (art. 32.3) (STC 56/1990, FJ 16).

Mientras el Tribunal Constitucional definió la delimitación del ámbito municipal como competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, en las de ámbito superior al municipio e inferior a la provincia (partidos judiciales y otras posibles demarcaciones superiores a los partidos, como las correspondientes a los juzgados de menores o de vigilancia penitenciaria) el papel de las Comunidades Autónomas quedó sometido a lo dispuesto en la LOPJ. Esta puede reducirlo a un modelo de participación consistente en el envío al gobierno de un informe no vinculante al correspondiente proyecto de ley (artículo 35.2 LOPJ)¹⁸, en la participación en el trámite de audiencia preceptiva en

18 Este informe, preceptivo, debe en todo caso contener la fijación de los partidos judiciales, en cuanto demarcación necesaria e implantada uniformemente en todo el territorio nacional, y puede además

la creación de Secciones y Juzgados que no alteren la demarcación judicial (artículo 36 LOPJ), y en el establecimiento de la sede de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria (artículos 95.2 LOPJ; 8.3 LDYPJ). Todo ello de conformidad con el artículo 152.1 CE (STC 56/1990, FJ 17; 62/1990, FJ 6e).

Salvo en la demarcación de municipios, el Tribunal Constitucional confirmó así el papel protagónico que en materia de demarcación y planta judiciales había asumido la LOPJ, que se impone por encima de los Estatutos de Autonomía y puede incluso determinar cómo las Comunidades Autónomas han de ejercer sus competencias de delimitación. Así en materia de capitalidad, el Tribunal Constitucional dice que nada impide que la LOPJ «establezca que la competencia de las Comunidades Autónomas para localizar la capitalidad de los partidos judiciales se ejerza mediante ley» (STC 56/1990, FJ 26).

Sobre esta misma base, la STC 62/1990, consideró constitucional la exclusión de la competencia de las Comunidades Autónomas en temas tales como la fijación de la fecha de puesta en funcionamiento de órganos judiciales, la ampliación de plazas de Magistrados y determinación de la categoría de los titulares de los órganos judiciales, así como del número de Magistrados que hayan de constituir cada una de ellas, la separación entre Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, determinadas funciones del Registro Civil atribuidas a Juzgados y Tribunales (artículo 149.1.8 CE), o el desarrollo y ejecución de programas para la efectividad de la planta judicial, garantía de la igualdad efectiva de la ciudadanía en el acceso a la Justicia (STC 62/1990, FJ 6). Sí declaró inconstitucional el artículo 8.2 de la LDYPJ, por determinar la sede de los Juzgados de lo Penal, de lo Contencioso-Administrativo, de lo Social y de Menores, con jurisdicción territorial inferior a la de una provincia, desconociendo las competencias de las Comunidades Autónomas (STC 62/1990, FJ 10b).

Por lo demás, en lo que hace a los Tribunales Superiores de Justicia, el Tribunal Constitucional admitió la «casación regional» prevista en el artículo 54 LDYPJ para cuando esté exclusivamente en juego derecho civil, foral o especial de la Comunidad Autónoma en cuestión (STC 62/1990, FJ 11)¹⁹. Contra las sentencias del Tribunal Superior de Justicia sólo cabrá recurso de apelación ante Tribunal Supremo fundado en la

incluir propuestas sobre la posibilidad de establecer órganos con jurisdicción superior a la del partido.

19 La resolución de controversias entre Jueces y Tribunales de distintas jurisdicciones, conocidas como «conflictos de competencias» es también competencia del Tribunal Supremo, atribuida a una Sala especial. Por su parte, las controversias en el seno de un mismo orden jurisdiccional, conocidas como «cuestiones de competencia», son resueltas por el órgano superior jerárquico (arts. 99 L.E.C., 20 L.E.Crim. y 51.1 LOPJ).

infracción de normas no emanadas de los órganos de la Comunidad Autónoma en cuestión (artículo 58 LDYPJ). La norma, entiende, se atiene de manera equilibrada a los principios de unidad y diversidad del derecho privado, al quedar salvaguardada la supremacía del Tribunal Supremo (artículo 123.1 CE) por los recursos previstos en las materias que le son propias, muy notablemente en materia de unificación de jurisprudencia allí donde está en juego el derecho estatal.

5.2. El Estado de la cuestión. El nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía (LO 2/2007, de 19 de marzo) y la STC 31/2010, de 28 de junio

Desde que el Tribunal Constitucional se pronunciara sobre la relación entre el legislador estatal y los estatutos de autonomía en materia de poder judicial, en sus SSTC 56/1990 y 62/1990, sucesivas reformas de la LOPJ han ido simplificando los términos de esa relación. En concreto, la LO 16/1994, de 8 de noviembre, y la LO 19/2003, de 23 de diciembre, asignaron directamente a las Comunidades Autónomas un número importante de facultades, por encima de las previsiones de las cláusulas subrogatorias, convirtiendo así a estas en buena medida en obsoletas. Al mismo tiempo, con estas reformas la LOPJ consolidaba su superioridad frente a los Estatutos de Autonomía dentro del bloque de la constitucionalidad en materia judicial.

El nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía (LO 2/2007, de 19 de marzo —en adelante EAAAnd—), siguiendo la estela de la reforma del Estatuto de Autonomía para Cataluña aprobada por la LO 6/2006, de 19 de julio, cuestiona este planteamiento. Y lo hace con un programa ambicioso de competencias en materia judicial que aspiran a mejorar el funcionamiento y los servicios prestados por la Administración de Justicia en Andalucía, permitiendo responder mejor a las necesidades que puedan surgir en este ámbito, y rompiendo con las dinámicas de reenvío características de las cláusulas subrogatorias. Aunque el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado expresamente sobre estas competencias, la STC 31/2010, de 28 de junio, arroja luces sobre su constitucionalidad, al analizar preceptos similares contenidos en el Estatuto de Autonomía para Cataluña. Como veremos, lo que se desprende de la jurisprudencia constitucional, y del propio EAAAnd, es que éste sigue sujeto a la prevalencia de la legislación estatal en materia judicial.

Para empezar, el artículo 145 EAAAnd abre el Capítulo III de su Título V, dedicado a las competencias de la Junta de Andalucía en materia de Administración de Justicia, con una cláusula de cierre, por la cual la Comunidad Autónoma andaluza asume en materia de justicia las competencias para las que la legislación estatal exija previsión

estatutaria (art. 145 EAAAnd). Este artículo se complementa con la cláusula subrogatoria que recoge el artículo 153 EAAAnd, y que ahora permite directamente a la Junta de Andalucía ejercer las facultades y funciones que la LOPJ atribuya al Gobierno del Estado con relación a la Administración de Justicia en Andalucía. Lo cierto, con todo, es que ambos preceptos estatutarios mantienen su dependencia de la legislación estatal, en la medida en que solo permiten que se asuman competencias, o en el caso de la cláusula subrogatoria el ejercicio de facultades y funciones en el marco de competencias estatales, de conformidad con lo dispuesto en aquella²⁰ (STC 31/2010, FFJJ 50-55).

Dentro ya del ámbito de la administración de la Administración de Justicia, el EAAAnd asume directamente amplias competencias sobre medios materiales (artículo 148 EAAAnd), en sintonía con el también amplio margen que la STC 56/1990 (FJ 12) concedió en este ámbito a la aplicación de la cláusula subrogatoria²¹. Más llamativo resulta que el artículo 147 EAAAnd asuma directamente competencias de tipo tanto ejecutivo como normativo sobre personal no judicial. Al hacerlo, este artículo va más allá del ámbito de las cláusulas subrogatorias, que solo permiten el ejercicio de facultades o funciones gubernativas (STC 56/1990, FJ 8; *vid.* también STC 253/2005, de 11 de octubre, FJ 9). El propósito, como se ha señalado, es «abrir un amplio espacio en el que (la Junta de Andalucía) podría desarrollar una línea política propia en relación con el personal no jurisdiccional de la Administración de Justicia»²². En la misma línea, el artículo 147 EAAAnd asume también competencias legislativas para crear cuerpos propios de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia, y competencias en materia de personal laboral que califica de exclusivas.

Por su parte, el artículo 149 EAAAnd asume competencias que aspiran a ser plenas (materiales y funcionales) sobre la creación, diseño, organización, dotación y gestión de las oficinas judiciales y sobre órganos y servicios de apoyo a los órganos jurisdiccionales, típica materia perteneciente al ámbito de la administración de la Administración de Justicia.

20 CARRASCO DURÁN, M.: «Artículo 145. Asunción competencial» y «Artículo 153. Cláusula subrogatoria», en *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, cit. pp. 2221-2226 y 2307-1314, respectivamente.

21 Sobre el contenido y la amplitud de dichas competencias, *vid.* CARRASCO DURÁN, M.: «Artículo 148. Medios materiales», en *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, cit. pp. 2255-2265.

22 CARRASCO DURÁN, M.: «Artículo 147. Medios personales», en *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, cit. pp. 2234-2254, Par. 22. La STC 31/2010 parece presumir que las Comunidades Autónomas ejercerán dichas competencias normativas mediante reglamento (FJ 52). Como se ha señalado, con todo, no existe una razón constitucional que justifique que esto tenga que ser así, siempre que la regulación autonómica respete la LOPJ (*vid.* Carrasco Durán, «Artículo 147. Medios personales», cit. Par. 29; *vid.* también sobre este tema las reflexiones de Balaguer Callejón, «Poder Judicial y Comunidades Autónomas», cit. p. 61).

Y corresponde también a la Junta de Andalucía, afirma el artículo 150 EAAAnd, la competencia sobre ordenación de los servicios de justicia gratuita y ordenación jurídica gratuita²³, pudiendo establecer instrumentos de mediación y conciliación de conflictos (que no sobre sus efectos procesales) en materias de su competencia. Pues bien, en todas estas materias el EAAAnd sigue sujeto a la prevalencia de la legislación estatal, en concreto de la LOPJ²⁴. Esta Ley tiene ciertamente que dejar un margen de intervención a las Comunidades Autónomas (la regulación estatal del personal al servicio de la Administración de Justicia debe así circunscribirse a sus aspectos esenciales²⁵ que garanticen su carácter como cuerpos nacionales). Allí donde cabe regulación estatal, con todo, la STC 31/2010 y el propio EAAAnd confirman su prevalencia sobre el derecho autonómico²⁶.

También en materia de demarcación, planta y capitalidad judiciales, objeto del artículo 152.1 CE, el EAAAnd aspira a dar un paso más allá de los límites que se desprenden de la jurisprudencia sentada en las SSTC 56/1990 y 62/1990. Y también aquí estas aspiraciones se encuentran sujetas a la prevalencia de la legislación estatal. Así, además de prever la participación de la Junta de Andalucía en la determinación y revisión de la demarcación judicial en Andalucía, mediante una propuesta preceptiva al gobierno del Estado, aunque no vinculante (STC 31/2010, FJ 55), que deberá además acompañar al proyecto de ley que el gobierno envíe a

23 Se trata de materias de competencia estatal (apartados 1, 3, 6 y 18 del artículo 149.1 CE), sobre las que las Comunidades Autónomas sólo asumen competencias de ordenación de servicios, de desarrollo de la competencia estatal (STC 31/2010, FJ 54).

24 Hacer valer las competencias asumidas por el EAAAnd en materia de personal requeriría reformar la LOPJ en, entre otras materias, selección de funcionarios (artículos 483-490), promoción interna (artículo 490), provisión de puestos de destino y ascenso (artículos 524-533), situaciones administrativas (artículos 506-514) y régimen disciplinario (artículos 534-540), con base en la supresión de su consideración como cuerpos nacionales. *Vid.* Carrasco Durán, «Artículo 147. Medios personales», cit., Par. 33.

25 Como señala Carrasco Durán («Artículo 147. Medios personales», cit. Par. 25), estos no se reducen a los elementos básicos. No estamos, recuérdese, ante competencias compartidas, sino ante competencias que en principio son estatales. Las Comunidades Autónomas podrán entrar en la regulación de dichos elementos básicos, pero «en el espacio que deje libre la Ley Orgánica del Poder Judicial» (*ibidem*).

26 Así, en lo relativo a la creación de cuerpos de funcionarios por parte de las Comunidades Autónomas, la LOPJ reserva a éstas un papel meramente auxiliar, de creación de cuerpos con funciones concretas especializadas no cubiertas por funcionarios nacionales (artículo 473.1 LOPJ). Por su parte, la competencia autonómica sobre personal laboral al servicio de la Administración de Justicia «sólo puede entenderse sin perjuicio de la competencia exclusiva del Estado respecto de la Administración de Justicia (149.1.5 CE) y de la legislación laboral general (149.1.7 CE)» (STC 31/2010, FJ 52). Sólo puede abarcar, esto es, cuestiones relativas a la labor específica del personal laboral al servicio de la Administración de Justicia, y con respeto a lo dispuesto en la LOPJ.

las Cortes Generales, el artículo 151 EAAnd abre esta misma vía de participación a la determinación y revisión de la planta judicial. Lo hace, con todo, de conformidad con lo previsto en el artículo 29.2 LOPJ (redacción introducida por la LO 19/2003).

El artículo 151 EAAnd prevé asimismo que la Junta de Andalucía pueda introducir modificaciones en la planta judicial que no impliquen reforma legislativa, siempre sujetas a la condición de que la legislación estatal lo permita (STC 31/2010, FJ 55). Y prevé incluso que la Junta de Andalucía pueda asumir la creación de secciones y juzgados, en principio competencia del gobierno del Estado (STC 56/1990, FJ 13), por delegación de este, siempre, de nuevo, en los términos previstos en la LOPJ.

También la facultad de fijar la capitalidad de las demarcaciones judiciales distintas a la provincia (SSTC 56/1990, FJ 25; 31/2010, FJ 55) está sujeta, salvo en el ámbito municipal, a lo que disponga la LOPJ, y es una respuesta al artículo 35.6 LOPJ (redactado por LO 16/1994), que atribuye a las Comunidades Autónomas la facultad de fijar la capitalidad de los partidos judiciales.

Por su parte, las competencias en materia de justicia de paz, así como la posibilidad de establecer un sistema de justicia de proximidad, aparecen sujetas a «los términos que establezca la Ley Orgánica del Poder Judicial» (artículo 152 EAAnd), y requieren que se operen las pertinentes reformas en esta Ley. En cuanto al Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sus competencias, incluidas las que le corresponden como «última instancia jurisdiccional de todos los procesos judiciales iniciados en Andalucía, sea cual fuere el derecho invocado como aplicable», se establecen «de acuerdo con la Ley Orgánica del Poder Judicial», o «de conformidad con lo previsto en las leyes estatales» (artículos 140 y 142 EAAnd —*vid.* STC 31/2010, FFJJ 43-45). Una vez más, el propósito que anima a la normativa estatutaria no es sino el de hacerse eco de la legislación estatal existente, o influir en una futura²⁷.

Pero lo verdaderamente novedoso, y controvertido, es la creación de un Consejo de Justicia como órgano de gobierno del poder judicial en el ámbito autonómico. Así lo prevé el artículo 144 EAAnd, siempre de acuerdo con lo previsto en la LOPJ, y así lo había previsto el Estatuto de Autonomía de Cataluña (Título III, Capítulo II). La STC 31/2010 declaró este último inconstitucional en términos trasladables al Consejo de Justicia creado por nuestro Estatuto de Autonomía. Con base en una interpretación

27 PORRAS RAMÍREZ: «El Poder Judicial en Cataluña...», cit., p. 344.

rigurosa del principio de unidad jurisdiccional (artículo 117.5 CE)²⁸, sin concesiones a una posible interpretación conforme de los preceptos estatutarios, a la evolución en materia de descentralización del poder judicial²⁹, ni a la «colaboración internormativa» entre la LOPJ y los Estatutos de Autonomía que venía presidiendo su jurisprudencia en la materia³⁰, el Tribunal Constitucional afirma que «ningún órgano, salvo el Consejo General del Poder Judicial, puede ejercer la función de gobierno de los órganos jurisdiccionales integrados en el Poder Judicial, exclusivo del Estado» (artículo 122.2 CE).

Con todo, prosigue el Tribunal, al regular la estructura y funciones de aquel Consejo la LOPJ puede dar cabida «a eventuales fórmulas de desconcentración» (STC 31/2010, FJ 47). El Consejo de Justicia autonómico es declarado, pues, inconstitucional en la medida en que, como órgano desconcentrado de gobierno del poder judicial, no aparece previsto en la LOPJ, sino en un Estatuto de Autonomía. Se trata entonces de una inconstitucionalidad formal³¹; inconstitucionalidad que, por un lado, no se subsana con la remisión estatutaria a lo previsto en la LOPJ, pero que, por otro, no afecta necesariamente a las funciones que estatutariamente se atribuyen al Consejo. Tanto es así que, tras declarar la inconstitucionalidad del Consejo de Justicia, el Tribunal Constitucional examina cada una de sus atribuciones en sus propios méritos³². De ellas, se verán afectadas por la inconstitucionalidad formal del Consejo de Justicia, y serán por tanto inconstitucionales, las atribuciones que afectan al núcleo del gobierno del Poder Judicial, correspondientes a las reconocidas en el artículo 144.4.a)-e) EAAAnd. No lo

28 Ibidem, pp. 338; 346-353; APARICIO PÉREZ, M. A.: «Comentario a la STC 31/2010. Sobre el Poder Judicial», *Revista Catalana de Dret Public*. Especial Sentencia sobre el Estatuto (2011), pp. 199-205.

29 Muchas de las atribuciones declaradas inconstitucionales se corresponden con las que la LOPJ asigna a las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia (artículo 152 LOPJ). Además, la reforma de la LOPJ proyectada en 2005 disponía la creación de Consejos de Justicia autonómicos, como órganos desconcentrados dependientes del CGPJ con funciones delegadas de gobierno (*vid.* PORRAS RAMÍREZ: «El Poder Judicial en Cataluña...», cit., p. 347; 350; APARICIO PÉREZ: «Comentario a la STC 31/2010...», cit., p. 204; CABELLOS ESPIÉRREZ, M. A.: «Poder Judicial y modelo de Estado en la Sentencia sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña», *Revista Catalana de Dret Public*. Especial Sentencia sobre el Estatuto (2011), pp. 206-211, en p. 209).

30 CABELLOS ESPIÉRREZ, M. A.: «Poder Judicial y modelo de Estado...», cit., en pp. 208-209.

31 La STC 31/2010 (FJ 49) entiende que la inconstitucionalidad formal afecta también a la figura del Presidente del Tribunal Superior de Justicia como Presidente del Consejo de Justicia, ya que los jueces sólo pueden ejercer funciones ajenas a la jurisdiccional en las excepciones previstas en la LOPJ (artículo 117.4 CE).

32 Sobre el sinsentido que supone analizar la constitucionalidad de las funciones de un órgano que se declara inconstitucional, y la mutación de la naturaleza de éste que supone negar su constitucionalidad pero admitir la de algunas de sus funciones, *vid.* APARICIO PÉREZ, M. A.: «Comentario a la STC 31/2010», cit. p. 205; CABELLOS ESPIÉRREZ: «Poder Judicial...», cit. p. 210.

estarán las derivadas de competencias autonómicas en materia de administración de Administración de Justicia, o las delegadas por el CGPJ (STC 31/2010, FJ 48)³³.

5.3. Posibilidades de federalización del poder judicial³⁴

Ante la situación descrita, y ante la precariedad de una territorialización del poder judicial que se apoya en el diálogo entre el legislador estatal y los Estatutos de Autonomía, pero que en última instancia depende de la voluntad del primero, sería más que aconsejable una reforma constitucional que proporcionase a dicha territorialización una base sólida. El primer objetivo de tal reforma debe ser sustraer la territorialización del poder judicial de las manos del legislador estatal. Para este fin, se hace preciso reconocer explícitamente a las Comunidades Autónomas competencias exclusivas sobre «administración de la Administración de justicia», es decir, sobre personal no judicial y medios materiales al servicio de dicha Administración, incluyendo oficina judicial y órganos y servicios de apoyo a los órganos jurisdiccionales. Esto no afectaría a la competencia exclusiva del Estado en materia de Administración de Justicia, pero sí impediría a la legislación estatal definir como nacionales los cuerpos a su servicio, los que dan forma a la administración de la Administración de Justicia. Hacerlo requeriría una reforma del artículo 149.1.5 CE, así como del artículo 122.1 CE, último inciso, que atribuye a la LOPJ la regulación del personal al servicio de la Administración de Justicia, en el sentido de limitar el papel de la LOPJ al establecimiento de los principios generales mínimos configuradores del régimen jurídico de dicho personal.

De este modo, la Constitución podría ofrecer un marco de estabilidad a la territorialización del poder judicial, situando a los Estatutos de Autonomía por encima de las previsiones de la LOPJ en el bloque de la constitucionalidad en esta materia. Responder a las aspiraciones de territorialización del poder judicial expresadas en los nuevos Estatutos de Autonomía de Andalucía y Cataluña, requeriría, con todo, algo más. Este

33 Se declara también inconstitucional la función del Consejo de Justicia de dictar resoluciones en materia de nombramientos, autorizaciones, licencias y permisos de acuerdo con los criterios establecidos por el CGPJ (STC 31/2010, FJ 47), así como la de proponer la convocatoria de oposiciones y concursos para cubrir las plazas vacantes de Magistrados, Jueces y Fiscales en Cataluña (STC 31/2010, FJ 50, que afecta al artículo 146 EAAnd).

34 Las reflexiones que siguen descansan en buena medida en las elaboradas en el marco del grupo de reflexión auspiciado por la Fundación Alfonso Perales sobre la reforma de la Constitución para el establecimiento de un modelo federal para España, que se tradujo en la elaboración de una propuesta de Reforma Federal del Estado Autonómico. Descansan, en concreto, en las reflexiones de su grupo 3 de trabajo sobre la Federalización del Poder Judicial, integrado por Miguel Azpitarte, María Luisa Balaguer, Manuel Carrasco, Baldomero Oliver, y yo misma como coordinadora.

segundo objetivo requeriría además la constitucionalización de las competencias de las Comunidades Autónomas en materias como la orientación de los servicios de justicia gratuita, mediación y conciliación, demarcación, planta y capitalidad judiciales o justicia de paz, en el sentido expresado en los Estatutos de Autonomía de Cataluña y de Andalucía. Se trata de materias susceptibles de descentralización, en grado variable, sin merma del carácter unitario del poder judicial.

Sería, por lo demás, conveniente reformar el artículo 122 CE para incluir mención de la posibilidad de desconcentrar las funciones del CGPJ mediante Consejos de Justicia de ámbito autonómico. Se trataría de órganos dependientes del CGPJ a quienes la Constitución podría atribuir funciones tanto de administración de la Administración de Justicia, como otras propiamente de gobierno del poder judicial en el ámbito autonómico, en régimen de desconcentración. Sería entonces conveniente que la Constitución incluyese una referencia a las funciones que habrían de quedar necesariamente en el ámbito del CGPJ como tal, y a las funciones que pudieran desconcentrarse en los Consejos de Justicia.

Lo anterior no basta, con todo, para satisfacer las aspiraciones de Comunidades Autónomas que, como la andaluza, han manifestado una voluntad más decidida de avanzar hacia la federalización del poder judicial. La previsión de Consejos de Justicia con funciones de gobierno del poder judicial son elocuentes en este sentido. Atender a dichas aspiraciones requiere articular una descentralización más profunda. Siguiendo el modelo alemán, se podría prever la creación, junto al Poder Judicial del Estado, de poderes judiciales autonómicos.

Permanecerían en el primero los órganos judiciales cuya competencia se extiende al conjunto del territorio estatal, es decir, el Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional. Los segundos estarían compuestos por los órganos judiciales con competencia territorial igual o inferior al territorio de una Comunidad Autónoma. Hacerlo requeriría una reforma del artículo 122.1 CE, en su referencia a los Jueces y Magistrados como Cuerpo único. Las Comunidades Autónomas tendrían así competencias, no sólo en materia de administración de la Administración de Justicia, sino también sobre Administración de Justicia en sentido estricto y sobre planta judicial. Todo lo cual requeriría una modificación de los artículos 149.1.5 y 152 CE. Esta reforma se abriría a la existencia de Consejos de Justicia como órganos independientes de ámbito autonómico con funciones relativas al gobierno del poder judicial de su respectiva Comunidad Autónoma (nombramiento, cese, así como funciones disciplinarias y de inspección), junto con mecanismos de coordinación entre estos y el CGPJ.

La alternativa sería atribuir estas funciones a las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia, todo lo cual requeriría una reforma de los apartados 2 y 3 del

artículo 122 CE. La unidad en la aplicación del derecho se garantizaría aquí con la atribución al Tribunal Supremo de funciones de unificación de doctrina (artículo 123 CE).

En este modelo, los principios generales que rigen el estatus constitucional y el ejercicio de la función jurisdiccional mantendrían su estatus constitucional común a todos los miembros del poder judicial y a todos los órganos judiciales (artículos 117 y 127 CE). Asimismo, se mantendría a nivel federal la regulación de la función jurisdiccional y la organización del poder judicial (constitución, función y organización de los Juzgados y Tribunales, división especializada de la jurisdicción: civil, penal, etc.), en términos que les den un mínimo de unidad. En este marco, el CGPJ mantendría sus funciones de garantía del estatus constitucional de los miembros del poder judicial, reservadas a la determinación del ingreso en el cuerpo y a materia disciplinaria. Por su parte, las unidades federadas se responsabilizarían de la gestión del poder judicial, incluido todo lo referente a los jueces, salvo lo atinente a su estatus constitucional (en materia de planta y demarcación judicial, selección y estatuto profesional), al personal al servicio del poder judicial (ingreso, selección y estatuto profesional), y a la provisión de infraestructuras.

Este modelo presenta las ventajas inherentes a todo modelo de federalización, que se cifran en la proximidad a las necesidades de organización del poder judicial en materia de planta, demarcación, y medios materiales y personales (selección de funcionarios, provisión de plazas, ascensos, situaciones administrativas, régimen disciplinario). En cuanto a los problemas derivados de esa misma proximidad, en concreto de la proximidad de los órganos de gobierno del poder judicial respecto de los entes políticos de su respectiva Comunidad Autónoma, se trata de un problema derivado, que debería ser abordado al regular la composición de dichos órganos, pero que no desmerece el proyecto de federalización en su conjunto.



Foro Permanente sobre el Estado Autonómico