

D I C T A M E N N Ú M . 2 6 9

(PARTE II)

CONCLUSIÓ

Atesos els raonaments continguts en els Fonaments precedents, opinem que

Primer.- Són inconstitucionals els preceptes de la proposta de Proposició de Llei orgànica per la qual s'estableix l'Estatut d'autonomia de Catalunya i es deroga la Llei orgànica 4/1979, del 18 de desembre, de l'Estatut d'autonomia de Catalunya següents: articles 50.1; 65.4; 75.3; 113.3.a *in fine*; 125.1.a; 125.1 lletres *b, c, d*, llevat de la part esmentada al Fonament VII.5 del dictamen, i lletres *h i i*; 132.3 *in fine*, i 10; 145.3, primer incís; 147.3; 152.2; 155.1.b i *d*; 157.2; 161.2; 163.2.d, primera part; 187; 198.2, pel que fa a les expressions "la capacitat normativa i la responsabilitat fiscal"; 200, en la seva frase final; 217.1.b; i disposicions addicionals primera; i novena, primer paràgraf.

Segon.- Són inconstitucionals les esmenes reservades per a defensar en el Ple següents: núm. 151; 228 apartat 1, lletres *a, b i c*, i apartat 2; 276; 278.1; 329; 332; 341; 352; 358; 359; 360; 361; 362; 364; 369; 371 i 400.

Tercer.- Són constitucionals, si s'interpreten en el sentit que figura en els Fonaments corresponents, els preceptes següents: articles 32.5 (F III.4); 37.2 (F V.3); 69.1 (F IV.2); 90.2, 3, 5 i 6; 91.2, 3 i 4; 92; 93; 94; 95; 96.1, 2 i 3; 98.1.a, *b i k*; 102.1 i 2; 103 (tots d'acord amb el F V.3); 112; 113 (tots d'acord amb el F VII.1.A); 114.a (F VII.1.B.b); 115.5 (F VII.2); 117.1.e (F VII.3); 125.1.g (F VII.5); 129.1.a (F VII.7.B); 140.3 (F VII.8); 144.1 (F VII.9); 145.1 (F VII.10); 147.2 (F VII.12.B); 152.1 (F VII.13.A); 156.2.a (F VII.14); 157.3 (F VII.15.C); 157.4 (F IX.7); 160.4 (F VII.19); 161.5 (F VII.22); 163.2.b (F VII.23.A) i *c* (F

VII.23.B); 163.4 (F VII.23.D); 176.1, 2 i 6 (F VIII.1); 181.1 (F VIII.4); 183.3 (F VIII.5); 218.1.d (F XI.2.B); i disposicions addicionals tercera, apartat 2 (F XII.1); novena, lletres *a, b, c, d, f* i *g* (F XII.2); i onzena (F IV.2).

Quart.- Són constitucionals, si s'interpreten en el sentit que figura en els Fonaments corresponents, les esmenes reservades per a defensar en el Ple següents: núm. 200 (F VI.2.C) i 210 (F VII.1.A).

Cinquè.- Els preceptes, així com les esmenes i els vots particulars reservats per a defensar en el Ple no esmentats en els apartats anteriors d'aquesta conclusió són constitucionals.

Aquest és el nostre Dictamen, que pronunciem, emetem i signem en el lloc i la data indicats al començament.

VOT PARTICULAR que formulen els consellers senyors Jaume Vernet i Llobet, i Jaume Camps i Rovira, a l'empara de l'article 50 del Reglament provisional d'organització i funcionament del Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya, amb relació al preceptiu tràmit d'admissió de la petició del Dictamen número 269, emès el dia 1 de setembre de 2005.

I. Els consellers sotasignats hem discrepat de la posició majoritària del Consell, d'acceptar la sol·licitud del dictamen presentada per tots els grups parlamentaris de la cambra catalana. Aquesta discrepància en el tràmit processal d'admissió d'un dictamen és inusual en la història del Consell Consultiu –de fet, és la primera vegada que es formula- i, a més, pot resultar sorprenent atesa la petició conjunta de tots els grups parlamentaris, així com la indubtable transcendència, fins i tot històrica, del Dictamen sol·licitat sobre la primera reforma de l'Estatut d'autonomia de Catalunya, que va ser el que va donar caràcter definitiu al nou restabliment de la Generalitat de Catalunya en la història recent. Aquestes

circumstàncies obliguen, al nostre entendre, a fer unes consideracions prèvies sobre el vot particular que emetem.

Si bé som sensibles al principi que obliga a interpretar de forma favorable les peticions de dictamen formulades per part dels òrgans legitimats i, a la vegada, som conscients de la transcendència històrica de la matèria objecte de dictamen, ens resulta, com a juristes, difícil d'obviar la consideració escrupolosa de l'àmbit juridicoformal configurat pels supòsits sobre els quals se'ns pot instar, institucionalment, a l'emissió d'un dictamen. Entenem, amb tot el respecte a la opinió contrària de la majoria del Consell que ha estimat viable la petició, que aquesta no s'adequa ni a l'article 41 de l'Estatut d'autonomia de Catalunya, ni a la Llei 1/1981, de 25 de febrer, de creació del Consell Consultiu, ni tampoc al Decret 429/1981, de 2 de novembre, pel qual s'aprova el Reglament provisional d'organització i funcionament de la nostra Institució.

Els consellers sotasignats no volem atribuir una exagerada preponderància als aspectes purament formals, malgrat que el dret adjectiu que configuren les normes de procediment sigui de preponderant aplicació en el tràmit processal de l'admissió a tràmit del dictamen. I, de fet, tal com raonarem *in fine*, la nostra proposta d'inadmissió no pretén en absolut defugir cap de les responsabilitats institucionals que se'ns han conferit. És per això que, de forma subsidiària i per via no reglada, no trobem obstacle insalvable per expressar el nostre parer, en la mesura que pugui ser útil a una millor fonamentació de l'ancoratge constitucional de la proposta de nou Estatut que ha formulat la Comissió d'Organització i Administració de la Generalitat i Govern Local del Parlament de Catalunya.

Així mateix, estem convençuts que la nostra ha de ser una formulació estrictament jurídica, que en cap cas no pot pretendre substituir ni obstaculitzar l'eventual acord polític al qual puguin arribar els legítims representants de la voluntat popular, ni tampoc obviar l'última funció jurisdiccional que, si s'escau, correspondrà al Tribunal Constitucional.

II. El parer majoritari del Consell Consultiu va acceptar la sol·licitud presentada per tots els grups parlamentaris del Parlament de Catalunya, respecte de la petició de Dictamen sobre la Proposta de Proposició de Llei orgànica per la qual s'estableix l'Estatut d'autonomia de Catalunya i es deroga la Llei orgànica 4/1979, del 18 de desembre, de l'Estatut d'autonomia de Catalunya (en endavant, en aquest vot particular, Proposta de Proposició de Llei orgànica). La nostra discrepant opinió de la majoria es manifesta per les raons que s'exposen a continuació.

Per a nosaltres, el Consell Consultiu és una institució de la Generalitat de Catalunya que va ser creada amb la pretensió que fos el garant de l'Estatut d'autonomia, així com el Tribunal Constitucional és l'encarregat de la defensa de la Constitució; tanmateix, sense que el Consell estigués dotat de competència jurisdiccional, sinó només consultiva. Aquests quatre elements assenyalats (institució de la Generalitat, garantista, assessora i jurídica) fan que l'Estatut d'autonomia de Catalunya sigui la seva norma fonamental de debat i de decisió, cosa que no treu que s'utilitzi també, com a paràmetre interpretatiu en els seus raonaments jurídics formulats com a dictàmens, la Constitució, ja que l'Estatut d'autonomia hi està subordinat i l'anàlisi es fa d'un sol ordenament jurídic.

Les funcions del Consell previstes a l'article 41 de l'Estatut d'autonomia són dues. Concretament s'afirma que dictaminarà, d'una banda, "sobre l'adequació al present Estatut dels projectes o proposicions de llei sotmesos a debat i aprovació del Parlament de Catalunya" i, de l'altra, previ a la interposició, davant del Tribunal Constitucional, d'un recurs d'inconstitucionalitat pel Consell Executiu o Govern de la Generalitat o pel Parlament de Catalunya. Sembla, doncs, que el primer cas es refereix a lleis catalanes per aprovar i el segon a lleis estatals ja aprovades.

D'aquesta manera, als efectes d'allò que ens interessa, en el primer supòsit s'ha de fer un judici d'estatutarietat. Hem llegit, i cal parar-hi atenció, "sobre l'adequació al present Estatut", mentre que en el segon cas no es diu res, però es dedueix que, tractant-se d'un recurs d'inconstitucionalitat, el judici es farà tenint en compte la Constitució i l'Estatut. En aquests darrers casos, de vegades, el judici és únicament de constitucionalitat, bé perquè les normes estatals tracten temes aliens a l'Estatut, com ara drets fonamentals o fonts del dret exclusivament estatals (Llei orgànica o decret llei), però per regla general també es fa una anàlisi d'estatutarietat ja que el Consell ha de defensar fonamentalment la interpretació més respectuosa amb l'Estatut, sense menystenir la Constitució, quan sigui necessari.

L'article 8 de la Llei 1/1981, de 25 de febrer, del Consell Consultiu, en la redacció donada per la Llei 4/1999, de 12 de juliol, afegeix un tercer supòsit de dictamen, previ al plantejament per entitats locals d'un conflicte en defensa de l'autonomia local, en el qual també serà imprescindible fer un judici de constitucionalitat, atesa la garantia constitucional de l'autonomia local.

Ara bé, com no podria ser d'una altra manera, atès l'article 41 EAC que hem reproduït, l'article 8 reitera que el dictamen sobre tots els projectes i proposicions de llei demanats serà "sobre l'adequació a l'Estatut de Catalunya", cosa que fa de l'anàlisi d'estatutarietat un raciocini absolutament preceptiu i imprescindible, per molt que l'article 1.3 de la Llei faci una genèrica referència a que el Consell "vetlla en la seva actuació per l'observança i el compliment de la Constitució i de l'Estatut de Catalunya". Així, del que s'ha dit fins ara es dedueix que cal tenir en compte la Constitució, però no descurar en absolut l'Estatut: aquest no és l'únic paràmetre, però hi ha de ser en tot cas en aquest tipus de petició.

En conseqüència, és inviable un dictamen sobre una proposta de reforma de l'Estatut d'autonomia, ja que aquest s'ha de fer des de l'Estatut vigent, cosa que impediria considerar conforme a l'Estatut la seva reforma. L'Estatut actual no pot

ser, en absolut, paràmetre de validesa d'un Estatut d'autonomia futur, ja que la seva reforma és prevista al mateix Estatut per mandat constitucional (art. 56 i 57 EAC, i 147.3 i 152.2 CE).

La impossibilitat jurídica d'emetre un dictamen d'estatutarietat que és obligat pel mateix Estatut és conseqüència de no poder considerar l'esmentada Proposta de Proposició de Llei orgànica dins del supòsit de "projectes o proposicions de llei sotmesos a debat i aprovació del Parlament de Catalunya", que és, en canvi, el que ha considerat el parer majoritari del Consell. Segons la nostra opinió, aquest tipus de dictamen s'emet per a proposicions o projectes de llei catalans, mentre que la citada Proposta de Proposició de Llei orgànica que se'ns demana dictaminar, en realitat, ho és d'una llei estatal, concretament d'una llei orgànica que reforma l'Estatut –almenys així ha de ser debatuda i aprovada, tot i que amb un procediment específic-. En aquest sentit, la possibilitat que aquest Consell emeti un dictamen sobre aquesta reforma hauria d'esperar que es volgués interposar un recurs d'inconstitucionalitat per les institucions catalanes, ja que constituïria un cas del segon supòsit previst a l'article 41 EAC, relatiu a les lleis estatals, com hem assenyalat més amunt. Per aquesta raó citem la Proposta de Proposició de Llei orgànica d'aquesta manera i no com a "Proposta de Reforma" com es fa en el Dictamen, ja que el mot "reforma" no apareix en la citació oficial llarga (BOPC, núm. 213, d'u d'agost de 2005, p. 3), mentre que per dues vegades es refereix a l'expressió llei orgànica.

III. Ja hem considerat a l'epígraf anterior que les competències del Consell Consultiu, d'acord amb l'article 41 de l'Estatut i les altres normes que regulen la Institució, abasten, entre d'altres, les de dictaminar sobre l'adequació a la Constitució i a l'Estatut de les iniciatives legislatives en tràmit de discussió i aprovació al Parlament de Catalunya. El Consell Consultiu, doncs, dictamina sobre projectes o proposicions de llei de la Generalitat de Catalunya. Es tracta de dictàmens *ex ante*, que viabilitzen els tràmits processals que preveu l'article 99

del Reglament de la cambra catalana, els quals ocorren, en tot cas, en un tràmit previ a l'aprovació de la norma pel Ple del Parlament.

Com assenyala encertadament la doctrina, el control de constitucionalitat i d'estatutarietat conferida al Consell Consultiu esdevé un camí compensador de la unívoca atribució en exclusiva al Tribunal Constitucional, que fa la Constitució Espanyola, per al control jurisdiccional de les lleis autonòmiques. Nogensmenys, el control del Consell Consultiu tempera l'exclusió establerta a l'article 32 de la Llei orgànica del Tribunal Constitucional, segons la qual s'impedeix als governs i cambres autonòmiques la possibilitat de plantejar, en seu jurisdiccional, el control d'estatutarietat i de constitucionalitat de les lleis que aprovin.

Cal recordar tanmateix que el Consell Consultiu no és cap òrgan jurisdiccional que pugui dictaminar sobre lleis catalanes que ja hagin entrat en vigor, sinó tan sols, com apuntàvem suara en el supòsit que ens ocupa, sobre projectes o proposicions de llei eixides de la Comissió corresponent, i sempre abans de ser votades per la cambra catalana.

Ara bé, la pregunta que ens formulàvem, i a la qual vam donar una resposta negativa, era si la Proposta de Proposició de llei orgànica d'un nou Estatut era una disposició legislativa susceptible de tenir encaix en els supòsits d'actuació del Consell Consultiu. Entenem que la dita proposta legislativa no és, en puritat de conceptes, un projecte o una proposició de llei l'aprovació de la qual depèn exclusivament del Parlament de Catalunya. Sens dubte, el nou Estatut hauria de ser objecte d'una prèvia aprovació per part del Parlament de Catalunya d'acord amb el procediment establert a l'article 56 de l'Estatut d'autonomia de Catalunya. També és cert que, en qualsevol cas, la seva aprovació definitiva correspon a les Corts Generals, mitjançant llei orgànica, d'acord amb els articles 81.1, 147.3 i concordants de la Constitució espanyola. A més, aquesta aprovació hauria d'anar precedida d'un *iter* legislatiu ple, encara avui per avui, de llacunes procedimentals, en el qual s'imbrica la Comissió constitucional del Congrés dels

Diputats i la representació de les diputades i diputats de la cambra catalana que es nomenin *ad hoc*. Al nostre entendre, és aquesta aprovació definitiva per part de les Corts Generals la que confereix a la proposta legislativa objecte del nostre Dictamen el seu caràcter de llei orgànica de l'Estat, que inclourà a la vegada l'autorització estatal perquè la Generalitat convoqui el corresponent referèndum, d'acord amb l'article 56.3 de l'Estatut d'autonomia de Catalunya. Serà, després, la voluntat sobirana del poble de Catalunya expressada en referèndum, la que ratificarà la definitiva eficàcia jurídica de la reforma aprovada.

És inútil recordar, també, que una hipotètica declaració d'inconstitucionalitat, total o parcial, del text del nou Estatut correspondria en exclusiva, i en aquest cas sens dubte també de forma excloent, al Tribunal Constitucional, d'acord amb l'article 27.2, lletra a de la Llei orgànica 2/1979, de 3 d'octubre, del Tribunal Constitucional. Aquest precepte ens evidencia, un cop més, el caràcter de llei orgànica de l'Estat que cal atribuir a l'Estatut d'autonomia: "son susceptibles de declaración de inconstitucionalidad: a) los estatutos de autonomía y las demás leyes orgánicas".

Fins i tot, el fet que la iniciativa per a la reforma estatutària pugui correspondre també a les mateixes Corts Generals, en el supòsit de l'article 56.1.a EAC, que és el que s'escau, posa de manifest i ens ratifica un cop més que l'Estatut és una llei orgànica de l'Estat. Tot això, sens perjudici del seu caràcter paccionat, del qual es deriven les especificitats processals prèvies a la seva aprovació per les Corts, i sens perjudici tampoc, de tot l'iter legislatiu que pugui seguir al Parlament de Catalunya.

El dubte és, doncs, si el control de constitucionalitat que se'ns demana – que no pas, òbviament, el d'estatutarietat- té aixopluc dins les matèries i els supòsits en els quals ens és permès emetre dictamen, en concret d'acord amb el número primer de l'article 8 de la Llei 1/1981, de 25 de febrer. Entenem que la resposta ha de ser negativa, perquè no ens és permès emetre dictamen sobre la

constitucionalitat d'una llei orgànica de l'Estat prèviament a la seva aprovació pel Congrés dels Diputats. Tampoc no ens és permès emetre dictamen acollint-nos als supòsits segon i tercer de l'esmentat article 8, atès que, diguem-ho una vegada més, no ens trobem davant del supòsit d'un eventual recurs d'inconstitucionalitat en contra d'una llei orgànica de l'Estat, que ni tan sols ha tingut entrada a les Corts, ni ha estat objecte de la seva aprovació, ni tampoc és aplicable l'habilitació que preveu l'esmentat supòsit tercer de la nostra Llei constitutiva.

De fet, a l'article 72.2.a de la Proposta de Proposició de Llei orgànica es vol atribuir al Consell Consultiu un nou supòsit d'emissió de dictamen "sobre l'adequació a la Constitució dels projectes i les proposicions de reforma de l'Estatut d'autonomia de Catalunya". No és aquest el lloc processal idoni per escatir si aquesta nova funció pot tenir algun problema d'encaix constitucional per mor dels mateixos raonaments fins ara exposats. Igualment, el que ens sembla evident és que la seva inclusió en la Proposta de Proposició de Llei orgànica posa de manifest que, *hic et nunc*, no ens és permès emetre un dictamen sobre l'adequació a la Constitució de les propostes de proposicions de reforma de l'Estatut d'autonomia de Catalunya, atès que aquest cas no es troba inclòs entre els que la nostra Llei contempla com a supòsits en què estem habilitats per emetre dictamen. Malgrat que en determinats temes menors el reglament provisional de la nostra Institució ha pretès ampliar l'abast dels nostres dictàmens, entenem que la llacuna legal abans esmentada és d'impossible superació, sense una modificació per via de llei del Parlament de Catalunya, que en qualsevol cas hauria estat necessari aprovar prèviament a la sol·licitud del Dictamen.

IV. Atesos els arguments que hem exposat, entenem que correspondria, d'acord amb l'article 14 del Decret 429/1981, de 2 de novembre, refusar l'emissió del Dictamen sol·licitat. L'eventual inadmissió hauria d'haver estat comunicada a la Mesa del Parlament de Catalunya dins dels cinc dies següents a la recepció de la sol·licitud de Dictamen. En aquest ordre d'idees, no és balder esmentar que el

Consell Consultiu desenvolupa la seva funció institucional únicament i exclusiva mitjançant l'emissió de dictàmens de caràcter tecnicojurídic, que en cap cas no han d'expressar criteris d'oportunitat o de conveniència.

Del fet que el nostre Dictamen, en el supòsit que ens ocupa, no sigui legalment preceptiu ni encara menys vinculant, no se'n pot extreure la consideració que es tracti d'un simple informe jurídic més o menys fonamentat. Més enllà de l'alta funció institucional conferida al Consell Consultiu, no són tema menor les derivacions processals subsegüents a l'emissió d'un dictamen. Fent honor, en forma analògica, al principi *iura novit curia*, no ens cal recordar els tràmits que disposa l'article 99 del Reglament de la Cambra pel que fa a les esmenes subsegüents als dictàmens del Consell Consultiu. Les esmentades especificitats del dret adjectiu en l'aprovació pel Ple del Parlament fan encara més rellevants les conseqüències de la inadmissió que propugnem.

V. Tal com es desprèn de les consideracions prèvies formulades a l'apartat I d'aquest vot particular, i de l'últim incís de l'apartat anterior, ens resulten també de difícil acceptació les conseqüències del rebuig de la sol·licitud de dictamen –a pesar de les quals, ens hi ratifiquem–, atès que no volem defugir la responsabilitat que ens correspongui en fer conèixer el nostre parer sobre la constitucionalitat d'aquesta Proposta de Proposició de Llei orgànica.

El fet que les funcions del Consell estiguin fixades a l'Estatut no ha impedit que es considerés que es tractava d'una enumeració mínima, de manera que la Llei, excepcionalment, ha pogut ampliar aquestes funcions i també ho ha fet el reglament. Fins i tot, el Consell Consultiu ha dictat una resolució en què, a través de la interpretació, s'amplien encara més les seves funcions. Tanmateix, cap de les funcions previstes s'adequa a la petició sol·licitada, mentre que el dictamen sobre ulteriors reformes sí que apareix en la Proposició de reforma de l'Estatut, com hem advertit, i en d'altres estatuts o lleis que regulen institucions autonòmiques semblants al Consell.

Per tot això, en conseqüència, i amb posterioritat a la inadmissió del Dictamen, atenent a una subsegüent nova petició expressa de la Mesa del Parlament, s'hauria pogut emetre un parer o declaració del Consell, sense que tingués els requisits i efectes d'un dictamen –d'acord amb el que abans hem exposat-, a fi de respondre la petició unànime dels grups parlamentaris sobre aquest supòsit no previst: el de la constitucionalitat d'una proposta de Proposició de Llei orgànica. El Dictamen s'ha de reservar per a aquells supòsits específicament previstos, atès que la interpretació sobre temes com el que estem tractant ha de ser objecte d'una interpretació restrictiva, tant per mor de la transcendència de les funcions atribuïdes, com per l'excepcionalitat de l'òrgan consultat.

Barcelona, 2 de setembre de 2005

VOT PARTICULAR que formula el conseller senyor Joaquim Borrell i Mestre, a l'empara de l'article 50 del Reglament provisional d'organització i funcionament del Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya, al Dictamen núm. 269, emès en data 1 de setembre de 2005.

Lamento dissentir de l'opinió majoritària expressada en el present Dictamen en els termes que aniré exposant al llarg d'aquest vot particular.

1. En primer lloc i ja que s'ha sol·licitat un dictamen de constitucionalitat, efectuaré una sèrie de consideracions generals, que han de ser enteses com una fonamentació teòrica global de la meva discrepància per, posteriorment, procedir a l'anàlisi concreta dels preceptes continguts en la reforma projectada.

A) En un Estat compost com el nostre, l'Estatut d'autonomia que és la norma institucional bàsica d'una comunitat autònoma, té encomanada constitucionalment, com assenyala el dictamen, una funció essencial. És per això

que no és d'estranyar que el text constitucional, i en relació amb les altres lleis, hagi establert en favor d'aquell un àmbit de reserva material que es tradueix a la majoria dels casos en atribuir-li l'exclusivitat o preferència respecte de certes regulacions. En aquests supòsits la norma estatutària apareix dotada d'una resistència peculiar respecte a les altres lleis estatals i autonòmiques.

Ara bé, com ha assenyalat el Tribunal Constitucional la reserva que la Constitució fa a l'Estatut en encomanar-li l'assumpció de competències dins del marc establert a la Constitució no és total o absoluta ja que "las leyes estatales pueden cumplir en unas ocasiones una función atributiva de competencias -leyes orgánicas de transferencia o delegación- y en otras una función delimitadora de su contenido" (STC 76/1983, de 5 d'agost, FJ 5).

Es pot doncs afirmar que, el denominat bloc de constitucionalitat, en aquest cas concret, no està compost únicament per la Constitució i els estatuts d'autonomia, sinó també per totes aquelles lleis, orgàniques i ordinàries que incideixen en el sistema de delimitació competencial.

Així mateix, en matèria de distribució competencial existeix un límit que la norma estatutària no pot traspasar i que es troba fixat en un determinat nivell competencial que la mateixa Constitució ha garantit als poders centrals de l'Estat. Principalment en el títol VIII el constituent ha realitzat una primera funció de repartiment de competències que no pot ser alterada pel legislador estatutari ja que, altrament, aquest passaria a ocupar la posició d'aquell. El poder de reforma estatutària no és, en cap cas, com s'insistirà més endavant, equiparable al poder constituent. Fora d'això, les competències estatals recollides a la Constitució no necessiten, per ser exercides, de l'existència dels estatuts d'autonomia.

Al legislador estatutari se li encomana la tasca d'atribuir competències a la comunitat autònoma respectant, en tot cas, les estatals. Així l'article 147.1 CE determina que: "1. Dins els termes de la present Constitució, els Estatuts seran la

norma institucional bàsica de cada comunitat autònoma, i l'Estat els reconeixerà i els empararà com a part integrant del seu ordenament jurídic" i que hauran de contenir "d) les competències assumides dins el marc establert per al Constitució [...]".

Els estatuts d'autonomia, que van ser instruments normatius fundacionals de les comunitats autònomes, que tenen el seu suport principal i la seva raó de ser en el mateix text constitucional, fins i tot sent elements necessaris per a la determinació de l'estructura territorial de l'Estat, no poden alterar els títols competencials estatals definits constitucionalment.

L'especial protecció que la Constitució atorga a l'Estatut a través de la configuració d'un àmbit de reserva material, no ha estat obstacle per què aquella, en el seu article 81 CE hagi disposat que s'aprovi a través d'una Llei orgànica. Es tracta doncs d'una norma subordinada a la Constitució, que sorgeix a través d'un procediment d'elaboració que es caracteritza per una doble voluntat i perquè la seva regulació en relació amb la resta de les lleis, es legitima pel principi de competència i no pel de jerarquia.

L'Estatut no té el mateix tràmit formal d'elaboració que les altres lleis orgàniques i el seu procés de reforma també és diferent, la qual cosa fa que estigui revestit d'una especial resistència en el moment de la seva modificació o derogació. Des d'aquesta perspectiva la capacitat de disposició de l'Estat és menor quant a l'aprovació i modificació d'un Estatut d'autonomia que sobre les altres lleis orgàniques, que també complementen la Constitució en els seus corresponents àmbits competencials i respecte a les quals aquell gaudeix d'una llibertat plena.

Així doncs, resulta clar i evident que els estatuts d'autonomia són una norma supeditada a la Constitució, i han de ser interpretats, en conseqüència, de conformitat amb aquesta. La Llei orgànica que els aprova suposa la incorporació formal d'aquests a una ordenació jurídica complexa, sent diferent de manera

substancial, tant per raons formals com materials, de la resta de les lleis orgàniques constitucionalment previstes. És per això que, els estatuts no poden ser utilitzats com a lleis orgàniques normals, (cas de l'art. 150.2 o del desenvolupament dels drets fonamentals i llibertats públiques). Com es veurà més endavant, la doctrina del Tribunal Constitucional és clara i contundent al respecte.

Aquesta evidència no resulta alterada per l'anomenada funció constitucional dels estatuts d'autonomia. Sense cap dubte, aquesta no pot negar-se, però l'esmentada funció constitucional, que també és predicable d'altres normes que integren l'ordenament jurídic, no els converteix en Constitució.

B) En segon lloc, és necessari fer una referència al valor que ha de donar-se a la jurisprudència del Tribunal Constitucional quan interpreta aïlladament (i no tenint en compte la connexió amb el contingut d'un precepte estatutari) qualsevol dels títols competencials estatals recollits a l'article 149.1 CE.

a) Sense negar la posició de primacia de les Corts Generals sobre la resta d'òrgans constitucionals (ex art. 1.2 i 66.1, 2 i 3 CE), el fet cert és que el legislador es troba sotmès a la Constitució (ex art. 9.1 CE), i per consegüent d'alguna forma per via indirecta, a la interpretació que dels seus preceptes fa el Tribunal Constitucional. És ben conegut que la teoria general de la interpretació de la norma i la doctrina de les fonts subsidiàries o integradores parteixen de la insuficiència del text legal per abordar tots els problemes aplicatius que es presenten davant el jutge. La Constitució no té, en aquest extrem, cap singularitat davant d'altres normes, llevat de l'amplitud i la generalitat de les seves clàusules i dels seus conceptes oberts. L'enorme transcendència de les regles constitucionals i la seva pretensió d'ordenar i dirigir la totalitat del sistema legal, junt amb el procés d'examinar el significat dels conceptes constitucionals, l'única cosa que fan és incrementar l'exigència d'una major motivació de les resolucions constitucionals. És cert que la jurisprudència del Tribunal

Constitucional, com tota jurisprudència, pot de forma justificada i raonada variar un criteri o interpretar en un moment determinat de forma diferent les normes constitucionals i per això cal preguntar-se pel grau de vinculació dels criteris jurisprudencials constitucionals al legislador ordinari. És a dir, fins a quin punt pot aquest prescindir d'aquells, en elaborar una nova norma inferior a la Constitució.

Per contestar a aquesta pregunta és necessari distingir dos supòsits. Primer, que es tracti d'una jurisprudència no consolidada o que en si mateixa ofereixi elements que puguin justificar una possible evolució. Segon, que es tracti d'una jurisprudència consolidada i reiterada.

En el primer supòsit, quan la jurisprudència és vacil·lant o quan, encara sense ser-ho, accepti una evolució derivada dels seus elements de raonament (p. ex. STC 105/2000, de 13 d'abril, FJ 5, respecte a la constitucionalitat de la qualificació com a nacionals o no, dels cossos funcionaris al servei de l'Administració de Justícia), el legislador està legitimat per proposar una norma que, ajustant-se al text constitucional, se separi de la doctrina del Tribunal Constitucional. En canvi, en el segon cas, és a dir, quan la jurisprudència fixada sobre un precepte constitucional, està consolidada i reiterada de forma que no s'hi donin elements que raonablement facin preveure la seva evolució, aquesta interpretació ha de ser respectada pel legislador ordinari en la seva tasca d'elaboració de la nova norma, ja que allò previsible és que en el futur el Tribunal Constitucional continuï interpretant el precepte constitucional en el mateix sentit en què ho ha anat fent fins ara.

Per això, en analitzar els diferents preceptes estatutaris s'haurà de tenir en compte la jurisprudència constitucional recaiguda sobre el títol competencial estatal que pot resultar afectat pel concret precepte estatutari i dilucidar en cada cas el grau de consolidació d'aquella, als efectes de determinar la vinculació del legislador ordinari a la doctrina constitucional.

b) La doctrina científica també ha destacat que en la seva tasca interpretativa de la Constitució la jurisprudència constitucional ha anat perfilant les diverses peces d'un complex entramat que des de les previsions del títol VIII de la Constitució difícilment podien endevinar-se. Així, entre d'altres qüestions, el Tribunal Constitucional ha definit i delimitat el concepte d'autonomia política, ha explicat les noves regles ordenadores de les relacions interordinamentals, ha precisat el significat del principi dispositiu i de la clàusula residual de competències a favor de l'Estat, ha advertit també sobre l'abast de determinades qualificacions de les competències com a exclusives i ha formulat el fonamental principi d'interpretació conforme a la Constitució dels mateixos estatuts d'autonomia. Ha elaborat, així mateix, el concepte de bases estatals que va permetre als legisladors autonòmics exercir les seves competències de desenvolupament legislatiu a partir de la legislació preconstitucional, i ha explicat que la col·laboració s'erigeix en un element clau per superar la tensió entre unitat i autonomia. També ha perfilat el joc de les lleis orgàniques de transferència o delegació de competències previstes en l'article 150.2 CE en relació amb el marc constitucional delimitador de les competències estatals i autonòmiques; i ha precisat els conceptes de legislació i d'execució a partir de la inicial doctrina de les Sentències 33/1981, de 5 de novembre i 18/1982, de 4 de maig. Aquesta jurisprudència també s'ha esforçat per classificar el complex sistema de repartiment de competències quan les administracions públiques intervenen a través de la previsió i l'atorgament de subvencions i ajuts econòmics, ha avançat en la depuració de l'àmplia i extensa problemàtica que suscita la previsió de l'article 149.1.1 CE, i ha resolt la incidència que en el sistema autonòmic presenta la integració en la Unió Europea. En conseqüència, es pot afirmar que la jurisprudència del Tribunal Constitucional en més de vint-i-cinc anys d'existència ha estat decisiva per entendre el significat que ha volgut donar la Constitució a les seves previsions.

C) Finalment, voldria acabar aquestes observacions generals amb una sèrie de reflexions sobre el significat del poder de reforma estatutària.

En conseqüència lògica amb l'anteriorment assenyalat, en relació amb l'evidència que l'Estatut d'autonomia no és una Constitució, que no té la consideració de norma jurídica suprema, ja que la seva validesa deriva d'una norma superior, sent una norma jeràrquicament subordinada a aquesta, sembla lògic sostenir que la reforma estatutària no té res a veure amb la reforma constitucional. No es tracta de recordar ara les teories sobre la reforma constitucional, sobre els seus límits i continguts, ni tampoc de realitzar les oportunes reflexions sobre la diferent naturalesa del poder constituent i del poder de reforma estatutària. Tan sols es pretén posar en relleu que el poder de reforma estatutària, encara que pugui disposar d'un ampli marge de llibertat, és un poder limitat, molt allunyat del poder constituent (el qual, d'altra banda, també és susceptible de ser limitat).

La Proposta de Reforma estatutària incorre en ocasions, en vulneracions dels principis que informen la correcta relació entre l'ordenament estatutari i el constitucional. Entre d'altres concretament en els següents aspectes:

- a) Regula continguts exclusius de la Constitució, partint de l'anomenada funció constitucional dels estatuts. En fer-ho contradiu el principi, comunament acceptat, de reserva de constitució.
- b) Determina quines han de ser les competències de l'Estat, bé de forma expressa, bé mitjançant la utilització de la tècnica d'incorporar a l'Estatut una clàusula general d'atribució competencial en favor de la comunitat autònoma.
- c) Estableix com a títols competencials alguns que manquen d'aquesta naturalesa, com és el cas dels drets històrics.
- d) Prescriu d'una manera que es pot interpretar com a vinculant per l'Estat les matèries que han de ser objecte de transferència i/o delegació en els termes de l'article 150.2 CE.

e) Determina l'abast d'allò bàsic amb la qual cosa es limita l'exercici de competències pròpies de l'Estat.

f) Regula continguts que són objecte de reserva absoluta de determinades lleis estatals.

Per concloure cal afegir que a través de l'Estatut, si no es corregeixen les infraccions i vulneracions esmentades, s'estaria més a prop d'una reforma encoberta de la Constitució, que no pas d'una proposta de reforma que respecta els límits que corresponen a l'Estatut d'autonomia com a norma inconstitucional bàsica. Finalment, no ha d'oblidar-se que un Estatut d'autonomia no és una norma aïllada de la resta de l'ordenament jurídic, sinó que es troba integrat en un ordenament jurídic complex. És per això que s'han d'analitzar, amb especial consideració, els efectes que pugui produir aquella norma més enllà del seu específic àmbit territorial, així com les disfuncionalitats i incoherències amb la resta de l'ordenament de l'Estat.

2. La solució que s'ha de donar sobre la constitucionalitat de l'article 1.1 del text que se'ns ha sotmès a dictamen s'ha de centrar en si la declaració que conté ("Catalunya és una nació") pot figurar recollida en un article de la futura Llei orgànica de reforma de l'Estatut d'autonomia de Catalunya o bé no pot ser acollida en aquesta norma, per no ser conforme a les previsions constitucionals.

A) Fonamentalment les previsions constitucionals sobre aquesta qüestió estan establertes als articles 1.2; 2 i 137, els quals es transcriuen a continuació.

L'article 1.2 CE prescriu que: "La sobirania nacional resideix en el poble espanyol, del qual emanen els poders de l'Estat".

L'article 2 CE estableix que: "La Constitució es fonamenta en la indissoluble unitat de la Nació espanyola, pàtria comuna i indivisible de tots els espanyols, i reconeix

i garanteix el dret a l'autonomia de les nacionalitats i de les regions que la integren i la solidaritat entre totes elles".

L'article 137 CE diu que: "L'Estat s'organitza territorialment en municipis, en províncies i en les comunitats autònomes que es constitueixin. Totes aquestes entitats gaudeixen d'autonomia per a la gestió dels interessos respectius".

B) A continuació es farà referència a una sèrie de sentències del Tribunal Constitucional que tracten, entre d'altres, sobre els articles constitucionals que s'acaben de transcriure.

a) La Sentència 4/1981, de 2 de febrer (Ple. Ponent: Sr. Rafael Gómez-Ferrer Morant), diu:

"[...] Pues bien, la Constitución (artículos 1 y 2) parte de la unidad de la nación española, que se constituye en Estado social y democrático de derecho, cuyos poderes emanan del pueblo español, en el que reside la soberanía nacional. Esta unidad se traduce así en una organización -el Estado- para todo el territorio nacional. Pero los órganos generales del Estado no ejercen la totalidad del poder público, porque la Constitución prevé, con arreglo a una distribución vertical de poderes, la participación en el ejercicio del poder de entidades territoriales de distinto rango [...]" (FJ 3).

b) La Sentència 119/1992, de 18 de setembre (Ple. Ponent: Sr. Miquel Rodríguez-Piñero i Bravo-Ferrer), indica:

"[...] Resulta indudable, a la vista del art. 2 de la Constitución, que la misma ha instaurado un Estado complejo, en el que el ejercicio de las funciones estatales se encomienda tanto a las instituciones generales del Estado como a las Comunidades Autónomas, dotadas de autonomía política que son expresión del 'derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones' que integran 'la Nación

española, patria común e indivisible de todos los españoles'. Sin necesidad de insistir en el sentido anfibológico con el que el término Estado se utiliza en la CE (SSTC 32/1981 y 38/1982), no cabe duda de que, siendo los principales símbolos de nuestro Estado la bandera de España y su escudo, también son símbolos del Estado español las banderas y enseñas previstas en el art. 4 CE y reconocidas en los Estatutos de las Comunidades Autónomas, en tanto en cuanto, como ha quedado dicho, éstas constituyen la expresión de la autonomía que la Constitución ampara y de la pluralidad y complejidad del Estado que configura [...]" (FJ 1).

c) La Sentència 4/1981, de 2 de febrer (Ple. Ponent: Sr. Rafael Gómez-Morant), referint-se a l'article 137 CE, assenyala:

"[...] El precepto transcrito refleja una concepción amplia y compleja del Estado, compuesto por una pluralidad de organizaciones de carácter territorial, dotadas de autonomía [...].

Ante todo resulta claro que la autonomía hace referencia a un poder limitado. En efecto, autonomía no es soberanía -y aún este poder tiene sus límites-, y dado que cada organización territorial dotada de autonomía es una parte del todo, en ningún caso el principio de autonomía puede oponerse al de unidad, sino que es precisamente dentro de éste donde alcanza su verdadero sentido, como expresa el artículo 2 de la Constitución" (FJ 3).

d) La Sentència 25/1981, de 14 de juliol (Ple. Ponent: Sr. Antoni Truyol Serra), diu el següent:

"Este Tribunal, en su sentencia de 2 de febrero de 1981 tuvo ya ocasión de indicar que la autonomía reconocida, entre otros Entes, a las Comunidades Autónomas, por el artículo 137 de la Constitución, se configura como un poder limitado, que no es soberanía. [...] En el caso de las Comunidades Autónomas, que, como recuerda la mencionada sentencia, gozan de una autonomía cualitativamente superior a la administrativa que corresponde a los Entes locales, ya que se

añaden potestades legislativas y gubernamentales que la configuran como autonomía de naturaleza política, cualquiera que sea el ámbito autonómico, este queda fijado por el Estatuto, en el que se articulan las competencias asumidas por la Comunidad Autónoma dentro del marco establecido en la Constitución (artículo 147.1); [...] En la misma línea, el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones, que lleva como corolario la solidaridad entre todas ellas, se da sobre la base de la unidad nacional (artículo 2.º). Dicha autonomía queda vinculada, para cada una de las Entidades territoriales, como ya se ha señalado, a la gestión de sus respectivos intereses (artículo 137) [...] las Comunidades Autónomas, como corporaciones públicas de base territorial y de naturaleza política, tienen como esfera y límite de su actividad, en cuanto tales, los intereses que les son propios, mientras que la tutela de los intereses públicos generales comprende por definición a los órganos estatales" (FJ 3).

e) La Sentència 32/1981, de 28 de juliol (Ple. Ponents: Sr. Francisco Rubio Llorente, Sr. Rafel Gómez-Ferrer Morant i Sr. Ángel Escudero del Corral), diu:

"Es obvio, para comenzar, que el término Estado es objeto en el texto constitucional de una utilización claramente anfibológica. En ocasiones (así artículos 1.º, 56, 137 y en la propia rúbrica de su título VIII, por mencionar sólo algunos ejemplos) el término Estado designa la totalidad de la organización jurídico-política de la nación española, incluyendo las organizaciones propias de las nacionalidades y regiones que la integran y la de otros entes territoriales dotados de un grado inferior de autonomía; en otras, por el contrario (así en los artículos 3.1.º, 149, 150) por Estado se entiende sólo el conjunto de las instituciones generales o centrales y sus órganos periféricos, contraponiendo estas instituciones a las propias de las Comunidades Autónomas y otros entes territoriales autónomos. Esta contraposición que puede originar algún equívoco no puede hacer olvidar, sin embargo, que la Constitución es la norma suprema del Estado como totalidad [...]" (FJ 5).

f) La Sentència 100/1984, de 8 de desembre (Ple. Ponent: Sr. Francisco Tomas y Valiente), diu:

"[...] Tercero.- Es cierto, como señalan los recurrentes, que la Constitución no define qué es autonomía, pero ello no impide que el contenido y los límites de tal derecho puedan ser inferidos de los preceptos constitucionales por vía interpretativa. Este Tribunal, en cuanto intérprete supremo de la Constitución (art. 1 de la LOTC) ha precisado diversos aspectos concernientes principalmente al derecho a la autonomía, al proceso autonómico y a la delimitación competencial a través de numerosas sentencias, algunas de las cuales conviene traer a colación a propósito del caso presente. Muy al comienzo de su andadura este Tribunal hizo ver que 'ante todo, resulta claro que la autonomía hace referencia a un poder limitado. En efecto, autonomía no es soberanía -y aun este poder tiene límites-, y dado que cada organización territorial dotada de autonomía es una parte del todo, en ningún caso el principio de autonomía puede oponerse al de unidad, sino que es precisamente dentro de éste donde alcanza su verdadero sentido, como expresa el artículo 2 de la Constitución' (STC 4/1981, FJ 3). La raíz misma del Estado autonómico postula la necesaria articulación entre unidad y diversidad, pues el componente diferenciador, sin el cual 'no existiría verdadera pluralidad ni capacidad de autogobierno, notas ambas que caracterizan al Estado de las Autonomías', tiene límites establecidos por el constituyente, unas veces en garantía de la unidad, otras en aras de una mínima homogeneidad sin la cual no habría unidad ni integración de las partes en el conjunto estatal [STC 76/1983, FJ, 2, a)] y otras en función de un interés nacional, que aun siendo compatible en cuanto interés del todo con el de las partes, puede entrar en colisión con el de una determinada Comunidad. Siendo, como es, esto así en la relación potencialmente conflictiva entre tal o cual Comunidad y el Estado o la nación, con mayor motivo existirán límites en favor del interés nacional frente a la voluntad que una determinada provincia pueda tener de configurarse como Comunidad Autónoma uniprovincial, puesto que las provincias 'uti singuli' no son titulares de un derecho de autonomía en el sentido del artículo 2 de la Constitución, sino de

un derecho a ejercer la iniciativa autonómica, como ya dijimos al final del fundamento anterior. En consecuencia, la facultad conferida por la Constitución a las Cortes, representantes del pueblo español, titular indiviso de la soberanía, para sustituir la iniciativa de las Corporaciones locales del 143.2 de la CE, no debe entenderse limitada sólo a los supuestos en que no haya habido tal iniciativa o cuando ésta haya sido impulsada pero se haya frustrado en cualquiera de sus fases, sino que debe considerarse extensible también a la hipótesis en que las Corporaciones del 143.2 de la CE excluyeran en algún caso una iniciativa autonómica que las Cortes entiendan de interés nacional. La facultad del 144, c), de la CE es así, como en otro contexto dijimos con referencia al 150.3 de la CE, 'una norma de cierre del sistema' [STC 76/1983, FJ 3, a)], esto es, una cláusula que cumple una función de garantía respecto a la viabilidad misma del resultado final del proceso autonómico. La Constitución, que no configura el mapa autonómico, no ha dejado su concreción tan sólo a la disposición de los titulares de iniciativa autonómica, sino que ha querido dejar en manos de las Cortes un mecanismo de cierre para la eventual primacía del interés nacional".

C) D'aquesta jurisprudència que acaba d'exposar-se en un context més ampli, es destacaran les afirmacions següents:

"[...] la Constitución parte de la unidad de la nación española, que se constituye en Estado social y democrático de derecho, cuyos poderes emanan del pueblo español, en el que reside la soberanía nacional [...]" (STC 4/1981, de 2 de febrer, FJ 3).

"[...] en consecuencia, la facultad conferida por la Constitución a las Cortes, representantes del pueblo español, titular indiviso de la soberanía [...]" (STC 100/1984, de 8 de novembre, FJ 3).

"[...] el término Estado designa la totalidad de la organización jurídico-política de la nación española, incluyendo las organizaciones propias de las nacionalidades y

regiones que la integran y la de otros entes territoriales dotados de un grado inferior de autonomía [...]” (STC 32/1981, de 28 de juliol, FJ 5).

“[...] el ejercicio de las funciones estatales se encomienda tanto a las instituciones generales del Estado como a las Comunidades Autónomas, dotadas de autonomía política que son expresión del «derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones» que integran 'la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles' [...]” (STC 119/1992, de 18 de setembre, FJ 1).

“[...] ante todo resulta claro que la autonomía hace referencia a un poder limitado. En efecto, autonomía no es soberanía [...]” (STC 4/1981, de 2 de febrer, FJ 3).

“[...] en la misma línea, el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones, que lleva como corolario la solidaridad entre todas ellas, se da sobre la base de la unidad nacional [...]” (STC 25/1981, de 14 de juliol, FJ 3).

“[...] y dado que cada organización territorial dotada de autonomía es una parte del todo, en ningún caso el principio de autonomía puede oponerse al de unidad, sino que es precisamente dentro de éste donde alcanza su verdadero sentido, como expresa el artículo 2 de la Constitución [...]” (STC 100/1984, de 8 de novembre, FJ 3, citant el FJ 3 de la STC 4/1981).

D) En arribar a aquest punt es poden establir les conclusions següents:

a) L'article 2 CE parla de "Nació" referida a la "Nació espanyola" i de "nacionalitats i regions" per al·ludir a les "comunitats autònomes". Com hem vist, el Tribunal Constitucional ha fet referència al significat jurídic que tenen a la Constitució, per una banda el terme "Nació" i per l'altra les locucions "nacionalitats i regions". No ha aprofundit tanmateix en la distinció entre les expressions "nacionalitat" i "regió". D'altra banda, la distinció que efectua la Constitució a l'article 2 està en la

mateixa línia que la resta de constitucions europees que instauren Estats compostos. En totes aquestes, quan s'utilitza la paraula "Nació" es fa referència a l'Estat sobirà i en cap no s'empra aquest terme relacionant-lo amb les entitats subestatals (així, p. ex., l'art. 33 de la Constitució belga).

En el Dictamen es fa referència a uns debats parlamentaris i a una posició majoritària dels constituents, però no s'explica el perquè en el text definitiu de la Constitució es va distingir entre "Nació" per una part i "nacionalitats i regions" per una altra. Referent a això es pot significar que la voluntat del constituent, en el nostre cas i pel propi procés d'elaboració de la Constitució no és fàcilment determinable, no sent els debats parlamentaris una font absolutament fidedigna. A més, la voluntat del constituent no és un criteri interpretatiu absolut, ja que aquesta no pot condicionar la voluntat de generacions futures. El nostre cas no és assimilable al dels "pares" de la Constitució nord-americana.

El cert és que el Tribunal Constitucional ha extret les conseqüències jurídiques dels termes "Nació" i "nacionalitats i regions" en el sentit que s'ha exposat.

b) El mateix Dictamen reconeix que en tot cas el terme "Nació" que es recull a l'article 1.1 del text de Proposta de Reforma de l'Estatut no pot tenir el mateix significat i contingut que el que en la Constitució se li dóna al terme "Nació" referent a l'espanyola, i per això entén que perquè es pugui considerar que el precepte estatutari és constitucional, en el cas de l'article 1.1, el vocable "Nació" ha de ser interpretat en una vessant cultural o sociològica. Els conceptes de nació cultural o sociològica poden acceptar-se, però el que succeeix aquí és que en una qüestió com aquesta, s'ha d'exigir la màxima claredat, atès que s'està introduint a l'article 1.1, que s'examina, el terme "Nació" referit a una comunitat autònoma sense consignar majors explicacions i, òbviament, s'està inserint el concepte en un text jurídic subordinat a la Constitució. A aquests efectes convé recordar que el mateix Consell d'Estat ha reconegut que no és una bona tècnica jurídica recórrer a definicions i expressar en normes conceptes de caràcter cultural o sociològic.

Això resulta especialment significatiu quan es tracta de conceptes com el de "Nació", susceptible, com reconeix el Dictamen, d'una pluralitat i alhora contradictòries, opinions científiques.

En tot cas, cal dir que el Dictamen busca una interpretació conforme a la Constitució del terme "Nació", en privar-la de conseqüències jurídiques. Però aquesta interpretació no és vinculant i pot ser contradita per altres operadors jurídics. Resulta evident que, davant aquestes tesis doctrinals, el concepte "Nació" a més del seu caràcter simbòlic, té evidents conseqüències jurídiques, com ara les que afecten qüestions com ara el concepte de ciutadania, els drets dels estrangers, les polítiques públiques en matèria d'immigració, entre d'altres.

En utilitzar idèntica locució que l'article 2.1 CE, l'article 1.1 del text objecte de dictamen, es corre el risc d'afavorir una confusió que pot tenir conseqüències jurídiques no permeses per la Constitució, ja que el terme "Nació" de l'article 1.1 pot ser interpretat en el mateix sentit en què és utilitzat a l'article 2.1 CE. Cal recordar, a l'efecte, que el Diccionari de la Llengua Catalana de l'Institut d'Estudis Catalans (1995), quan defineix el terme "Nació", diu textualment el següent: "Nació: Conjunt de persones que tenen una comunitat d'història, de costums, d'institucions, d'estructura econòmica, de cultura i sovint de llengua, un sentit d'homogeneïtat i de diferència respecte a la resta de comunitats humanes, i una voluntat d'organització i de participació en un projecte polític que pretén arribar a l'autogovern i a la independència política".

Els anteriors raonaments porten a considerar que aquest precepte és inconstitucional i per connexió, també ho és l'article 3.1 i tots aquells articles que utilitzen l'adjectiu nacional. Reafirma aquesta conclusió la circumstància que de la resta de l'articulat de la Proposta de Reforma estatutària, tampoc no es pot arribar a conèixer amb seguretat quin és el concepte de "Nació" que pretén donar a aquest vocable la norma estatutària. Respecte a l'article 2.4 en el Dictamen s'arriba a la seva constitucionalitat i entre els seus raonaments es recorda que

altres estatuts s'expressen en sentit similar. L'anterior és cert, però també cal recordar que en aquelles normes estatutàries així com en el vigent Estatut d'autonomia, no s'esmenta el terme "Nació" referit a la corresponent comunitat autònoma, en relació amb l'origen dels seus poders.

En definitiva, únicament a través d'una reforma constitucional es podria incloure a l'Estatut d'autonomia el contingut de l'article 1.1 del text de Proposta de Reforma estatutària.

Article 5: Aquest precepte que fa referència als drets històrics i que indica que l'Estatut els "incorpora i actualitza" cal posar-lo en relació amb la disposició addicional primera que tracta del "reconeixement i actualització dels drets històrics". En el text del Dictamen s'ha considerat inconstitucional aquesta disposició addicional i, per connexió amb aquesta, l'article que s'examina ha de considerar-se també inconstitucional, si més no en la mesura que es mantingui el text de la disposició referida.

3. L'article 21.1 de la Proposta de Reforma estableix que l'ensenyament públic serà laic, la qual cosa significa que es prescindeix, en aquell àmbit, de la instrucció religiosa.

L'article 16.3 CE prescriu que cap confessió té caràcter estatal i assenyala també, malgrat aquesta declaració d'aconfessionalitat, que els poders públics tindran en compte les creences religioses de la societat espanyola i mantindran les consegüents relacions de cooperació amb l'Església catòlica i les altres confessions. Això últim suposa que l'actitud de l'Estat enfront el fenomen religiós no és de simple inhibició.

D'altra banda, l'article 27 CE, en el seu apartat 3, estableix que els poders públics garanteixen el dret que assisteix els pares per tal que els seus fills rebin la

formació religiosa i moral que vagi d'acord amb les seves conviccions, i en el seu apartat 4, disposa que l'ensenyament bàsic és obligatori i gratuït.

La prescripció que conté l'article 21.1 de la Proposta de Reforma que ara s'examina suposa que en l'ensenyament públic es prescindeix de l'ensenyament de la religió. Això planteja, en primer lloc, el problema de cohonestar aquesta prescripció amb les de l'article 27 CE.

A) Prenent com a punt de referència els preceptes constitucionals esmentats, cal advertir que la justificació de l'ensenyament de la religió, es troba recollida en una sèrie de preceptes orgànics. Així, la Llei orgànica 7/1980, de 5 de juliol, de llibertat religiosa, estableix en l'article 2.1.c el dret de tota persona a "elegir para sí, y para los menores no emancipados e incapacitados, bajo su dependencia dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones", i en l'article 2.3 preveu que, per a l'aplicació real i efectiva dels drets que la Llei orgànica reconeix, els poders públics adoptaran, entre d'altres, les mesures necessàries per facilitar "la formación religiosa en centros docentes públicos". També la Llei contempla l'establiment d'acords i convenis de cooperació amb esglésies, confessions i comunitats religioses (art. 7).

D'altra banda, La Llei orgànica 10/2002, de qualitat de l'educació, reafirma en l'article 3.c els drets de pares perquè els seus fills rebin la formació religiosa i moral que estigui d'acord amb les seves pròpies conviccions, i en l'article 2.2.b es reconeixen com a drets bàsics dels alumnes el respecte a la seva llibertat de consciència com també de les seves conviccions religioses i morals, d'acord amb la Constitució.

Per últim, l'article 18.1 de la Llei orgànica 8/1985, de 3 de juliol, reguladora del dret a l'educació, imposa als centres públics desenvolupar les seves activitats "con sujeción a los principios constitucionales, garantía de neutralidad ideológica y

respeto de las opciones religiosas y morales a que hace referencia el artículo 27.3 de la Constitución".

Com a corol·lari del que s'acaba d'exposar, l'obligatorietat i la necessitat d'inclusió en els plans educatius de l'ensenyament de la religió deriva, però, de la disposició addicional segona de la Llei orgànica 10/2002, de qualitat de l'educació. Aquest precepte estableix:

"Disposición adicional segunda. Del área o asignatura de Sociedad, Cultura y Religión.

1. El área o asignatura de Sociedad, Cultura y Religión comprenderá dos opciones de desarrollo: Una, de carácter confesional, acorde con la confesión por la que opten los padres o, en su caso, los alumnos, entre aquéllas respecto de cuya enseñanza el Estado tenga suscritos acuerdos; otra, de carácter no confesional. Ambas opciones serán de oferta obligatoria por los centros, debiendo elegir los alumnos una de ellas.

2. La enseñanza confesional de la Religión se ajustará a lo establecido en el Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales suscrito entre la Santa Sede y el Estado español y, en su caso, a lo dispuesto en aquellos otros suscritos, o que pudieran suscribirse, con otras confesiones religiosas [...]"

El Consell Consultiu es va pronunciar sobre l'ensenyament confessional de la religió i el valor dels acords subscrits amb la Santa Seu i amb altres confessions religioses en el seu Dictamen núm. 194, de 16 de març de 1995 (F III), del qual, per la seva claredat es transcriu el fragment següent:

"En efecto, el fonament jurídic de l'ensenyament de la Religió catòlica el trobem, únicament, en l'Acord entre l'Estat Espanyol i la Santa Seu, de 3 de gener de 1979, sobre ensenyament i assumptes culturals (BOE de 15 de desembre). Anys més tard, amb posterioritat a l'aprovació de la LOGSE, l'Estat ha subscrit Acords de cooperació amb representants d'altres religions.

L'Acord amb la Santa Seu té una naturalesa legal diferent als acords amb les altres confessions religioses. En efecte, el citat Acord, així com d'altres també subscrits amb la Santa Seu, té la naturalesa jurídica de tractat o conveni internacional, la qual cosa és possible pel caràcter de subjecte de dret internacional del qual gaudeixen tant la Santa Seu com l'Estat Espanyol. Aquesta naturalesa de tractat internacional es confirma en comprovar que ha estat tramitat d'acord amb allò previst al capítol III, del títol III de la Constitució.

Els acords amb les altres confessions religioses, per contra, estan realitzats d'acord amb allò previst a l'article 7.1 de la Llei orgànica de llibertat religiosa: [...]. Així doncs, si un té caràcter de tractat internacional, i forma part, en conseqüència, de l'ordenament intern espanyol (art. 96.1 CE), els altres, en compliment de la Llei de llibertat religiosa, han de tenir forma i rang de llei [...].

En conseqüència, d'aquesta distinta forma legal, no en podem deduir diferències quant a l'eficàcia d'unes i d'altres normes sinó, al contrari, tots aquests acords han adoptat formes jurídiques situades, en el pla intern, amb el mateix rang i eficàcia normativa.

3. De l'Acord amb la Santa Seu destaquem, a l'efecte del nostre dictamen, els trets bàsics següents:

a) Els plans educatius que van des de l'educació infantil al batxillerat han d'incloure l'ensenyament de la Religió catòlica en tots els centres i en condicions equiparables a la resta de les disciplines fonamentals (art. 2). Cal subratllar, primer, que l'Acord no distingeix entre centres públics i privats, siguin aquests concertats o no, i estableix, per tant, l'obligatorietat per a tots; i segon, que 'condicions equiparables' no vol dir 'condicions idèntiques' sinó substancialment iguals, és a dir, que la desigualtat pugui justificar-se objectivament i raonable.

b) Es garanteix el dret a rebre ensenyament de Religió catòlica, però aquest ensenyament no serà obligatori per als alumnes. Les autoritats acadèmiques hauran d'adoptar les mesures oportunes per tal que el fet de rebre o no ensenyaments de religió no suposi cap discriminació pels alumnes en l'activitat escolar (art. 2) [...].

Els acords amb les altres tres confessions religioses -evangèlica, jueva i islàmica- són, pel que fa a termes educatius, pràcticament idèntics entre si. En els tres Acords l'ensenyament de la religió està regulat a l'article 10 del respectiu text; en conseqüència, els tractarem conjuntament. A l'efecte del nostre dictamen, els trets bàsics de l'ensenyament religiós són els següents:

a) Es garanteix als alumnes, als pares i als òrgans escolars de govern que ho sol·licitin, que els primers rebin el respectiu ensenyament religiós en tots els centres docents públics i en els privats concertats sempre que en aquests darrers l'ensenyament d'aquestes religions no entri en conflicte amb el caràcter propi del centre (art. 10.1). El dret a aquest ensenyament religiós es garanteix només en els nivells d'educació infantil, primària i secundària (art. 10.1).

b) L'única obligació dels centres docents públics i privats concertats amb la finalitat que es cursin aquests ensenyaments, és el de facilitar els locals adequats per poder realitzar-los. En aquest punt, l'Acord amb la Federació d'entitats evangèliques precisa que l'exercici d'aquest dret s'efectuarà "en harmonia con el desarrollo de las actividades lectivas". En els Acords amb la Federació de Comunitats israelites i amb la Comissió islàmica es precisa que l'exercici d'aquest dret es realitzarà 'sin que pueda perjudicar el desarrollo de las actividades lectivas' (art. 10.4). Creiem que el significat d'ambdós incisos és el mateix i que l'expressió inclosa als acords amb israelites i islàmics -'sin que pueda perjudicar el desarrollo de las actividades lectivas'- aclareix millor aquest significat [...].

De la comparació entre l'Acord amb la Santa Seu i els altres tres Acords, en podem deduir les diferències bàsiques següents:

a) L'ensenyament de la religió catòlica és obligatori subministrar-lo a tots els centres i a tots els nivells de l'ensenyament, tant infantil, com secundari i de batxillerat; l'ensenyament de les altres tres confessions no és obligatori impartir-lo però ha de ser garantit quan així ho sol·liciti un alumne, el seu pare o tutor o bé l'òrgan escolar de govern. Aquest dret ha de ser atès en els centres públics i també en els privats concertats en els quals l'ensenyament religiós sol·licitat no entri en conflicte amb el caràcter propi del centre. Així mateix, aquesta obligació

només ha de ser feta efectiva als nivells educatius infantil, primari i secundari, és a dir, en els mateixos que la Religió catòlica, excepte el batxillerat.

b) La Religió catòlica constituirà una assignatura equiparable a les altres assignatures fonamentals; per tant, el seu estatus en els currículums, en l'activitat dels centres i en la posició professional dels seus professors són substancialment iguals a les de les altres assignatures. Per contra, els centres en els quals s'imparteixen ensenyaments de les altres confessions religioses no tenen cap més obligació que facilitar locals adequats per impartir la docència sempre que això no perjudiqui el desenvolupament de les activitats lectives.

Finalment, cal subratllar la identitat substancial entre l'Acord amb la Santa Seu i els altres Acords pel que fa al professorat, al contingut de l'assignatura i a la determinació dels llibres de text, identitat basada en la concepció adoctrinadora de l'ensenyament d'aquestes assignatures no obligatòries per a l'alumne".

B) Pel que fa a la competència per regular l'ensenyament religiós, cal dir que l'article 149.1.30 CE reconeix a l'Estat la competència exclusiva per dictar les normes bàsiques per al desenvolupament de l'article 27 de la Constitució, a fi de garantir el compliment de les obligacions dels poders públics en aquesta qüestió. El Tribunal Constitucional s'ha pronunciat profusament sobre aquesta matèria. Pel que aquí interessa, es pot destacar la interpretació que ha fet el Tribunal Constitucional dels ensenyaments mínims especialment en la Sentència 88/1983, de 27 d'octubre (FJ 3), en la qual reconeix que la competència per establir els ensenyaments mínims pertany a l'Estat, que la finalitat d'aquesta competència és la d'aconseguir una formació comuna, en un determinat nivell de tots els escolars independentment de la comunitat autònoma a la qual pertanyin i que això inclou la competència de fixar el contingut concret dels blocs temàtics i no només un contingut genèric de les disciplines o assignatures.

En aquest sentit, la Llei orgànica 8/1985, de 3 de juliol, estableix que correspon a l'Estat: "la fixació dels ensenyaments mínims" (disposició addicional 1ª.2.b) i, cal entendre que, per les seves característiques, l'ensenyament de la religió forma

part d'aquest concepte. Aquest fet ve corroborat per la Llei orgànica 10/2002, de 23 de desembre que fixa, en el títol I, dedicat a l'estructura del sistema educatiu, i sempre d'acord amb la disposició addicional segona de la mateixa Llei, com a àrea a impartir en l'educació primària l'àrea de societat, cultura i religió (art. 16) i com a assignatura i assignatura comuna en l'educació secundària obligatòria (art. 23) i en el batxillerat, respectivament (art. 35).

D'altra banda, a més d'aquestes previsions en la normativa general d'ensenyament, l'Estat ha regulat de manera específica l'ensenyament de la religió mitjançant el Reial decret 2438/1994, de 16 de desembre. Aquesta norma té el caràcter de bàsica i en el seu article 1 disposa:

"1. [...] la enseñanza de la Religión Católica se impartirá en los centros docentes de segundo ciclo de Educación Infantil, Educación Primaria, Educación Secundaria Obligatoria y Bachillerato, tanto públicos como privados, sean o no concertados estos últimos, en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales. En consecuencia, dicha enseñanza figurará entre las áreas o materias de los diferentes niveles educativos.

2. De acuerdo con lo dispuesto en el apartado anterior, la enseñanza de la Religión Católica en los niveles de la Educación Infantil, Primaria, Secundaria Obligatoria y Bachillerato será de oferta obligatoria para los centros y de carácter voluntario para los alumnos".

Per la seva banda, l'article 2 disposa:

"1. [...] se garantiza el ejercicio del derecho a recibir enseñanza de las respectivas confesiones religiosas en los niveles educativos y centros docentes mencionados en el apartado 1 del artículo anterior.

2. De conformidad con lo establecido en el apartado anterior la enseñanza de dichas religiones se ajustará a los diferentes Acuerdos de Cooperación con el Estado Español".

Per finalitzar, cal fer-se ressò de la doctrina del Consell Consultiu, que es va pronunciar sobre aquesta norma en el Dictamen núm. 194, de 16 de març, esmentat anteriorment, i que en el Fonament V va considerar que el contingut del Reial decret es corresponia amb el concepte d'ensenyament mínim, i que, per tant, la competència sobre la seva regulació corresponia a l'Estat.

Tot el que s'ha exposat condueix a la conclusió que la regulació d'aquesta matèria en l'àmbit de l'educació correspon a l'Estat. Pel que fa a l'article 21.1 de la Proposta de Reforma, que disposa que l'ensenyament públic és laic, quant condiona i impedeix l'exercici de les competències estatals en l'àmbit públic referit, és inconstitucional.

4. A continuació s'examinarà la disposició addicional novena del text de Proposta de Reforma de l'Estatut. S'analitzarà aquesta en primer lloc per la connexió que té amb molts articles del text objecte de dictamen i perquè la constitucionalitat d'aquests depèn de la constitucionalitat de la disposició addicional novena.

La disposició addicional novena prescriu que: "Per a donar efectivitat plena al que estableix aquest Estatut s'han de modificar, en els aspectes que calgui perquè els preceptes estatutaris corresponents siguin plenament eficaços, les lleis següents". A continuació, en les lletres a, b, c, d, e, f i g fa referència a un conjunt de normes estatals.

Al meu entendre, aquest article dirigeix un mandat al legislador estatal a fi que modifiqui les lleis estatals que cita per adequar-les a les previsions que es contenen en el text de Proposta de Reforma estatutària. La intenció del precepte és clara i es desprèn del seu tenor literal principalment quan utilitza els termes "efectivitat plena", "plenament eficaços" i "s'han de modificar".

En primer lloc, s'ha d'aclarir que no pot equiparar-se l'“efectivitat plena” d'una norma, al fet de la seva “vigència”. Una cosa és que la norma entri en vigor, és a dir, s'incorpori a l'ordenament jurídic, i una altra és que adquireixi “efectivitat plena”, és a dir, que produeixi totes les conseqüències previstes. Ambdós moments encara que acostumin generalment a coincidir; no han de fer-ho necessàriament. En el cas que s'està examinant, i segons la disposició addicional novena, les normes que es contenen en el text objecte de dictamen afectades per aquesta disposició addicional entraran en vigor quan s'aprovi i es publiqui la llei orgànica de reforma estatutària, però no adquiriran “efectivitat plena” fins que l'Estat no modifiqui la seva corresponent legislació en el mateix sentit del contingut estatutari.

Tornant al precepte que s'està examinant, cal assenyalar que la seva inconstitucionalitat ve donada pel fet que en primer lloc obliga a l'Estat a modificar un conjunt de lleis de la seva competència i, en segon terme, perquè l'obliga a fer-ho en idèntic sentit al contemplat en la reforma estatutària.

La disposició addicional novena parla d'“efectivitat plena” i, en utilitzar aquest terme està reconeixent que la prescripció que conté pot tenir una “efectivitat no plena” com que no vol dir que manqui totalment d'efectivitat. Admet doncs, un grau d'efectivitat limitada. En el moment en què s'està interpretant la disposició addicional novena, cal entendre que el grau d'“efectivitat limitada o no plena” a què aquesta norma es refereix és el que es deriva de la imposició al legislador estatal d'un deure de modificar la seva regulació sobre la matèria i en el sentit establert per les disposicions de reforma estatutària (“s'han de modificar”). En definitiva, l'eficàcia limitada suposa en aquest cas l'obligació jurídica del legislador estatal de modificar la seva normativa en un determinat sentit i abast: el que preveuen les prescripcions contingudes en la reforma estatutària.

En general, es pot admetre la inclusió a l'Estatut de suggeriments, invitacions, propostes al legislador estatal o inclús condicionar l'eficàcia d'un precepte

estatutari segons els termes que estableixi la legislació de l'Estat, però el que no és acceptable, des del punt de vista constitucional, és que la norma estatutària contingui un mandat al legislador estatal que l'obligui a modificar la legislació de la seva competència, predeterminant el contingut d'aquesta. En aquests casos s'ha de tenir en compte que si la reforma de la legislació estatal no es produeix, o es produeix amb contingut diferent al del text estatutari, els corresponents preceptes estatutaris no tindran mai eficàcia. D'altra banda, cal assenyalar també que la disposició examinada és ambigua, perquè no concreta els preceptes a què resulta aplicable la regulació prevista a la disposició addicional novena, cosa que contradiu el principi de seguretat jurídica.

De tot el que acabo d'exposar, s'arriba a la conclusió que la disposició addicional novena és inconstitucional.

A aquesta mateixa conclusió arriba el Dictamen, però la meua coincidència acaba en aquest punt, perquè en aquest, un cop declarada la inconstitucionalitat de la disposició addicional novena, es proposa una nova redacció del seu encapçalament amb un sentit i abast diferent. Posteriorment, al llarg del Dictamen s'arriba a la constitucionalitat de molts preceptes, la cobertura constitucional dels quals depèn de la seva relació amb la disposició addicional examinada. En aquests casos s'utilitza per enjudiciar la constitucionalitat d'aquells, en lloc de la redacció original de la disposició addicional novena (la que figura en el BOPC núm. 213, VII Legislatura), la nova expressió donada al precepte pel Consell Consultiu. Per això i a diferència del que fa el Dictamen considero que aquests articles no s'ajusten a la Constitució.

5. Seguidament s'examinaran els articles 37.2; 90.2.3.5.6; 91.2.3.4.5; 92 a 95; 96.1.2.3; 102.1.2; 103 que es refereixen al Poder Judicial.

a) Com s'acaba d'exposar, l'encapçalament de la disposició addicional novena, en fer referència a "donar efectivitat plena" a uns continguts estatutaris, en parlar de

preceptes estatutaris "plenament eficaços" i en utilitzar l'expressió "s'han de modificar", està obligant al legislador estatal a modificar, pel que fa al Poder Judicial, la Llei orgànica del Poder Judicial i l'Estatut orgànic del Ministeri Fiscal per adequar-los a la regulació que es contempla en la Proposta de Reforma estatutària.

En ser inconstitucional la mencionada disposició addicional, he d'arribar a la conclusió que aquesta tal com està redactada no pot donar cobertura a una sèrie de preceptes de la Proposta de Reforma que envaeixen competències estatals i que per tant són també inconstitucionals. Aquests són els següents: 37.2; 90.2, 3, 5 i 6; 91.2, 3 i 4; 92 a 95; 96.1.2 i 3; 97.3; 98.1 a, b, c, d, f, i i k; 102.1 i 2 i 103.

b) L'article 152 CE, en matèries que pertanyen a l'àmbit del Poder Judicial, fa referència al Tribunal Superior de Justícia, a les competències de les comunitats autònomes respecte a l'organització de les demarcacions judicials, i a l'esgotament de les instàncies processals davant d'òrgans judicials que es trobin al mateix territori de la comunitat autònoma en la qual tingui la seu l'òrgan competent en primera instància. És, doncs, la Constitució mateixa, en un article que no delimita precisament competències, la que indica la possibilitat que els estatuts d'autonomia puguin incloure algunes regulacions en matèries judicials per considerar-les connexes amb algunes competències autonòmiques.

Ara bé, aquestes matèries connexes han d'estar subordinades en la seva regulació al que estableixin la LOPJ i, en el seu cas, l'Estatut orgànic del Ministeri Fiscal. El fet que hi hagi una certa connexió material i que la Constitució prevegi un cert tipus d'intervenció autonòmica no significa, tanmateix, que es pugui elaborar des de l'Estatut d'autonomia una regulació exhaustiva de la matèria. La connexió en aquest àmbit suposa que la matèria hauria de ser abordada per l'Estatut d'autonomia en l'àmbit dels principis, i que la seva regulació no pot consistir en una normació detallada que pretengui substituir i condicionar unes competències

que corresponen en exclusiva al legislador estatal. Així doncs, l'Estatut, en aquestes matèries, hauria de limitar-se a contenir normes principals i orientadores, i a donar certs criteris d'organització. En cap cas, no pot oferir una regulació detallada i esgotadora sobre aquelles matèries que limiti substancialment la regulació estatal continguda en la LOPJ i en l'Estatut orgànic del Ministeri Fiscal.

Des d'aquesta perspectiva són inconstitucionals els articles següents:

Article 37.2: Quan detalla la creació d'un òrgan nou. Segons l'article 122.1 CE, aquesta funció li correspon a la LOPJ.

Article 90.2 i 3: Encara que es refereixi al Tribunal Superior de Justícia, de fet retalla les competències del Tribunal Suprem respecte al recurs de cassació amb la qual cosa queden afectats aspectes bàsics de la seva configuració funcional.

Article 90.5 i 6: Estableix una regulació tan detallada sobre un aspecte organitzatiu i d'estatut jurídic dels magistrats que no justifiquen una connexió raonable amb el contingut estatutari.

Article 91: Per la seva remissió a la "lleï del Parlament". L'Estatut orgànic del Ministeri Fiscal és una norma de competència estatal. Per tant, una lleï del Parlament no pot regular les funcions del fiscal o la fiscal superior de Catalunya sense envair l'àmbit competencial estatal. Fins i tot és dubtós des del punt de vista constitucional que la lleï estatal pogués habilitar el Parlament de Catalunya perquè establís regulacions essencials respecte a les funcions del fiscal o la fiscal superior, perquè l'establiment de totes aquestes és competència estatal. Podria alterar-se l'àmbit competencial dissenyat en la Constitució.

Articles 92 a 95: Aquí cal remetre's al que es diu en el Dictamen sobre el principi d'unitat jurisdiccional quant al govern dels Jutges i Magistrats, i al que disposa

l'article 122.2 CE. La futura regulació estatutària que es contempla en el text de la proposta és tan prolixa que esgota la matèria objecte de regulació, en un àmbit que és de la competència exclusiva de l'Estat (LOPJ).

Article 96.1 i 2: Es tracta d'una regulació detallada que ha de ser objecte de regulació per la LOPJ.

Article 96.3: Es tracta d'una regulació que correspon a l'Estat. En el seu cas aquest precepte podria haver previst un principi genèric de participació.

Article 97.3: Si bé a la Generalitat li correspon la regulació en l'àmbit lingüístic de la cooficialitat, a l'Estat, respecte als membres del Poder Judicial, li correspon establir el sistema a fi que es compleixi el principi de la cooficialitat. Els jutges i magistrats pertanyen a un cos únic i la seva relació amb l'Administració es regula en el seu corresponent estatut jurídic que es regeix pel principi d'unitat. Un aspecte rellevant de la unitat es manifesta en la mobilitat d'aquests funcionaris a tot el territori de l'Estat. És per això que amb caràcter general no es poden admetre obstacles legals que la impedeixin. Així doncs, en principi sembla difícil que pugui configurar-se el coneixement de la llengua com a requisit o condició sine qua non i en tot cas per ocupar una plaça a Catalunya. D'altra banda, aquesta prescripció correspon efectuar-la a la Llei orgànica del Poder Judicial. En efecte, l'article 122.1 CE estableix una reserva de la Llei orgànica respecte a l'estatut jurídic de jutges i magistrats. En conseqüència, aquest precepte és inconstitucional.

Quant al fons de l'assumpte, s'ha de reconèixer la lògica i la raonabilitat de la prescripció continguda en el text de la Proposta de Reforma. Ara bé, en tractar-se d'un cos estatal, és difícil exigir el requisit que contempla el precepte examinat, en relació tant amb les primeres destinacions, com en els supòsits de trasllats forçosos, perquè això dificulta la mobilitat a què s'ha fet referència, però, com

s'ha assenyalat, aquests són problemes de regulació que haurien d'ésser resolts a la LOPJ.

Article 98.1, 2 i 3. Disposició transitòria tercera: Com s'assenyala en el text del Dictamen, el Tribunal Constitucional va avalar la solució donada per la LOPJ respecte a la qualificació dels cossos al servei de l'Administració de Justícia com a "nacionals", encara que va advertir la constitucionalitat d'altres possibles configuracions. Ara bé, en tot cas, l'article 122.1 CE estableix que la LOPJ determinarà l'Estatut jurídic del personal al servei de l'Administració de Justícia. És per això que la circumstància que se suprimeix la categorització com a "nacionals" dels cossos referits no eximiria que l'Estatut jurídic d'aquests continués sent únic. El precepte que s'examina és inconstitucional en la mesura que atribueix unes facultats legislatives amplíssimes a la Generalitat i impedeix una regulació estatutària a l'Estat sobre aquest personal. Respecte al punt 3, és inconstitucional quan es refereix als secretaris judicials, als quals les lleis processals els encomanen funcions gairebé jurisdiccionals en els respectius procediments. Així mateix, per connexió és inconstitucional la disposició transitòria tercera.

Article 103.1 i 2: L'apartat 1 conté una regulació exhaustiva que supera allò que ha de ser objecte de regulació d'una matèria connexa i, per tant és inconstitucional. L'apartat 2 crea uns òrgans judicials nous, en el sentit que no els contempla la LOPJ i atribueix una competència legislativa a la Generalitat per al seu establiment. La conclusió a la qual cal arribar és idèntica a l'expressada per l'apartat anterior.

6. Seguidament es farà referència als articles: 106; 107; 117.3 a; 121.3 a; 121.5 a; 125.2 a, b; 132.12 i 13; 146.2 a; 150 a, b, c, e, f, g; 152.2; 156.2 a, b; 159.1 a, b, c, d, e, f; 161.1 a, b, c, d, e, f, g, h, i, j, k, l; 167.1 a, b, c, d, e.

A) L'article 106 del text que se sotmet a dictamen fa referència a les competències compartides assenyalant que: "En les matèries que l'Estatut atribueix a la Generalitat de forma compartida amb l'Estat, corresponen a la Generalitat la potestat legislativa i la integritat de la potestat reglamentària i de la funció executiva, en el marc dels principis, els objectius o els estàndards mínims que fixi l'Estat en normes amb rang de llei, llevat dels casos que estableixen expressament la Constitució i aquest Estatut. En l'exercici d'aquestes competències, la Generalitat pot establir polítiques pròpies. El Parlament ha de concretar mitjançant una llei l'efectivitat normativa i el desplegament d'aquestes disposicions estatals".

a) No és aquest el lloc per fer una anàlisi extensa sobre el concepte d'allò que s'entén per bàsic en els diversos apartats de l'article 149.1 CE, ja que sobre aquest s'ha pronunciat en múltiples ocasions el Tribunal Constitucional, aquí únicament es transcriurà bona part del Fonament Jurídic 4 de la Sentència del Tribunal Constitucional 109/2003, de 5 de juny, al qual es refereix, en el seu Fonament Jurídic 1, la recent Sentència 33/2005, de 17 de febrer. El Tribunal Constitucional diu el següent:

<<[...] En cuanto a los requisitos materiales, como dijimos en la STC 197/1996, de 28 de noviembre, "la noción de bases o de normas básicas 'ha de ser entendida como noción material y, en consecuencia, esos principios básicos, estén o no formulados como tales, son los que racionalmente se deducen de la legislación vigente'; y que si bien las Cortes 'deberán establecer qué es lo que haya de entenderse por básico, en caso necesario será este Tribunal el competente para decidirlo, en su calidad de intérprete supremo de la Constitución' (SSTC 32/1981, FJ 6, y 1/1982, FJ 1). Y en este sentido material y no formal de las bases se ha insistido en la doctrina posterior (SSTC 48/1988, 49/1988, 13/1989, 147/1991, 135/1992 y 225/1993, entre otras)".

"En relación con esta noción material, cuya delimitación por este Tribunal tiene como finalidad esencial procurar que la definición de lo básico no quede en cada

caso a la libre disposición del legislador estatal, 'pues ello permitiría dejar sin contenido las competencias autonómicas' (SSTC 69/1988 y 80/1988), 'cabe agregar que lo que ha de considerarse como bases o legislación básica es el común denominador normativo necesario para asegurar la unidad fundamental prevista por las normas del bloque de la constitucionalidad que establecen la distribución de competencias' (STC 48/1988, FJ 3). Esto es, 'un marco normativo unitario, de aplicación a todo el territorio nacional' (STC 147/1991), dirigido a asegurar los intereses generales y dotado de estabilidad –ya que con las bases 'se atiende a aspectos más estructurales que coyunturales' (STC 1/1982, FJ 1)–, a partir del cual 'pueda cada Comunidad, en defensa de su propio interés, introducir las peculiaridades que estime convenientes dentro del marco competencial que en la materia correspondiente le asigne su Estatuto (STC 49/1988, FJ 16)' [STC 197/1996, FJ 5.a)]".

"Por lo que a los requisitos formales respecta, afirmamos también entonces que este Tribunal no ha dejado de prestar atención a una exigencia que puede calificarse de formal de la noción de bases y cuya finalidad esencial es la de excluir la incertidumbre jurídica que supondría que el Estado pueda oponer como norma básica a las Comunidades Autónomas, sin previa advertencia, 'cualquier clase de precepto, legal o reglamentario, al margen de cuál sea su rango y estructura' (SSTC 80/1988 y 227/1988). Por ello, ya se consideró tempranamente que 'dado el carácter fundamental y general de las normas básicas, el instrumento para establecerlas con posterioridad a la Constitución es la Ley' (STC 1/1982, FJ 1). Y hemos precisado que la justificación de esta exigencia de Ley formal se encuentra en que 'sólo a través de este instrumento normativo se alcanzará, con las garantías inherentes al procedimiento legislativo, una determinación cierta y estable de los ámbitos respectivos de ordenación de las materias en las que concurren y se articulan las competencias básicas estatales y las legislativas y reglamentarias autonómicas'. De suerte que 'la propia Ley puede y debe declarar expresamente el carácter básico de la norma o, en su defecto, venir dotada de una estructura que permita inferir, directa o indirectamente, pero sin especial dificultad, su vocación o pretensión básica' (STC 69/1988, FJ 5.

Reiterada, entre otras, en las SSTC 80/1988, 13/1989 y 179/1992). En suma, la claridad y certeza normativa, la propia estabilidad de una materia y el equilibrio del sistema de fuentes son los elementos determinantes de la forma que han de adoptar las bases (STC 132/1989)".

"Este Tribunal, cierto es, ha admitido que la exigencia aquí considerada no es absoluta; y consecuentemente ha estimado que 'excepcionalmente pueden considerarse básicas algunas regulaciones no contenidas en normas con rango legal e incluso ciertos actos de ejecución cuando, por la naturaleza de la materia, resultan complemento necesario para garantizar la consecución de la finalidad objetiva a que responde la competencia estatal sobre las bases' [STC 48/1988, FJ 3.c). Asimismo, SSTC 69/1988, 80/1088, 132/1992 y 179/1992. Sin embargo, no cabe olvidar, en contrapartida, que la atribución de carácter básico a normas reglamentarias, a actos de ejecución o incluso a potestades administrativas ha sido entendida por este Tribunal como una 'dispensa excepcional' [...]">>>.

A això anterior cal afegir que la Constitució ha atribuït a l'Estat la competència per fixar les bases i que el concepte de normes bàsiques no és equiparable, en la doctrina constitucional, exactament a normes de principis no directament aplicables. En aquest sentit, cal indicar que en l'exercici de la competència normativa bàsica és possible regular un sector de la matèria a través de normes estatals directament aplicables i que imposen una regulació uniforme en tot l'Estat.

b) En un altre ordre de coses, el Tribunal Constitucional en una doctrina consolidada (STC 76/1983, de 5 d'agost, FJ 4; 40/1998, de 19 de febrer, FJ 6; 277/1988, de 29 de novembre, FJ 3 i 15/2000, de 20 de gener, FJ 4) ha indicat que el legislador estatal no pot incidir directament en la delimitació de competències mitjançant la interpretació dels criteris que serveixen de base a aquesta. No pot convertir-se en l'intendent suprem i únic de la Norma Constitucional, la qual cosa és contrària a tota la lògica constitucional i democràtica. No pot dictar normes interpretatives amb l'exclusiu objecte de

precisar l'únic sentit d'entre els diversos possibles que s'hagi d'atribuir a un determinat concepte d'un precepte constitucional, atès que, en reduir les diferents possibilitats o alternatives del text constitucional a una sola, completa de fet l'obra del poder constituent. Se situa funcionalment en el seu mateix pla, creuant en fer-ho la línia divisòria entre el poder constituent i els poders constituïts. A més, en la mesura que els termes objecte d'interpretació són utilitzats com criteris constitucionals d'atribució de competències, la fixació del seu contingut pel legislador estatal suposa al seu torn una delimitació del contingut i abast d'aquelles competències que es defineixen per referència a aquests.

Per això el Tribunal Constitucional ha entès (STC 40/1998, de 19 de febrer) que:

"[...] una cosa es que dicho legislador realice, con pretensiones normativas de validez general, una interpretación genérica y abstracta del sistema constitucional y estatutario de distribución de competencias, con pretensiones de vinculación a las Comunidades Autónomas (tarea que, evidentemente, le está vedada), y otra muy distinta que, en el ejercicio de las competencias que la Constitución y los Estatutos de Autonomía le atribuyen para la ordenación de un sector material concreto, dicho legislador deba proceder a una interpretación de alcance y los límites de su propia competencia (STC 227/1988, fundamento jurídico 3º)" (FJ 6).

Finalment i referint-se específicament a la legislació bàsica, l'Alt Tribunal ha considerat en la Sentència 76/1983, de 5 d'agost (títol I, FJ 7) que no s'ha de confondre la tasca interpretativa del legislador estatal quan dicta una norma bàsica, és a dir, quan descriu el que s'ha d'entendre per bàsic en el corresponent cas concret amb: "[...] la producción de normas meramente interpretativas, que fijan el contenido de los términos de la Constitución con carácter general cerrando el paso a cualquier otra interpretación. En este caso el legislador se coloca indebidamente en el lugar que corresponde al Poder Constituyente y al Tribunal Constitucional por lo que es irrelevante a este respecto que el contenido del

artículo 2 del Proyecto reproduzca o no con exactitud la doctrina contenida en anteriores sentencias del Tribunal Constitucional [...]”.

c) Doncs bé, l'article 106 de la Proposta de Reforma estatutària que es dictamina conté una norma interpretativa que el fa inconstitucional. D'entre les moltes interpretacions que poden donar-se del concepte de bases, es considera com a vàlida només una de les possibles i això és el que, com s'acaba d'exposar, rebutja el Tribunal Constitucional.

Tampoc aquest precepte no s'ajusta a la interpretació que del concepte de bases ha fet de forma molt reiterada el Tribunal Constitucional, perquè limita l'abast d'aquesta competència estatal, impedeix que encara que sigui de forma excepcional puguin vehicular-se normes bàsiques a través de reglaments i actes, i obstaculitza que les bases puguin aplicar-se directament. Així mateix, l'article examinat converteix uns criteris generals sobre la legislació bàsica elaborats pel Tribunal Constitucional en quelcom excepcional en dir: “[...] excepto los casos que establecen expresamente la Constitución y el Estatuto [...]”. Aquí dono per reproduït el que he exposat en el punt 1 lletra B) sobre el valor que ha de donar-se a la jurisprudència constitucional. En aquest cas, el text de Proposta de Reforma estatutària no ha estat respectuós amb aquesta jurisprudència.

Convé a més en aquest punt recordar amb caràcter general que en matèria competencial no existeix una reserva absoluta en favor dels estatuts, ja que també les lleis estatals, orgàniques i ordinàries, incideixen en el sistema de delimitació competencial. Els estatuts completen el marc constitucional establert, en el sentit que, amb respecte als principis constitucionals, són els que han de determinar quines són les competències expressament assumides. Ara bé, això no vol dir que els preceptes constitucionals no delimitin el sistema de distribució de competències i que per tant siguin els estatuts els que estableixin les clàusules de tancament del sistema de delimitació competencial. Això suposaria a més de prescindir d'altres normes integrants també, encara que en diferent posició, del

bloc de constitucionalitat, prescindir de la Constitució mateixa com l'element capital de l'esmentat bloc, en el qual té una posició de supremacia. Amb això, els estatuts, en comptes de ser una norma supeditada a la Constitució, correrien el risc de convertir-se en una norma al marge d'aquesta, i d'assumir com a pròpia la delimitació de competències que correspon a la Norma fonamental. D'aquesta manera es podria arribar a una "desconstitucionalització" de l'estructura territorial de l'Estat.

B) En els preceptes del text de Proposta de Reforma de l'Estatut, que es refereixen a competències compartides, s'inclouen uns llistats de submatèries. Respecte a aquests s'utilitza com s'assenyala en el Fonament VI. 2 A. b del Dictamen una doble tècnica. En uns casos se sostreuen de l'àmbit de les competències compartides una sèrie de competències que es converteixen en exclusives. En d'altres es restringeix l'abast de les compartides. En realitat el que fan tots aquests preceptes és o bé eliminar el contingut d'allò bàsic o bé limitar-lo impedint en conseqüència que l'Estat pugui exercitar plenament unes competències que constitucionalment té atribuïdes. També en el context dissenyat per l'article 106 i tots aquells preceptes, les normes bàsiques deixen de ser un marc normatiu unitari d'aplicació a tot el territori estatal, ja que la regulació estatutària abasta només a Catalunya. Perden doncs, el seu caràcter de comú denominador necessari per assegurar els interessos generals.

En conclusió i respecte al segon grup de preceptes als quals s'ha fet referència en el paràgraf anterior, són inconstitucionals els articles: 106; 117.3 lletra a; 121.3 lletra a; 121.5 lletra a; 125.2 lletres a, b; 131.12 i 13; 146.2 lletra a; 150 lletres a, b, c, e, f, g; 152.2; 156.2 lletres a, b; 159.1 lletres a, b, c, d, e, f; 161.1 a, b, c, d, e, f, g, h, i, j, k, l; 167.1 lletres a, b, c, d, e.

Pel que fa a els preceptes del primer grup, seran examinats en el punt 8 d'aquest vot particular.

L'article 107 del text de Reforma estatutària, que es refereix a les competències executives estableix que: "Correspon a la Generalitat en les matèries que aquest Estatut li atribueix la funció executiva, la potestat reglamentària que comprèn l'aprovació de reglaments de desplegament i l'execució de la normativa de l'Estat dictada per establir l'ordenació general de la matèria i també la integritat de la funció executiva, que en tot cas inclou la potestat d'organització de la seva pròpia administració, les activitats de planificació i programació, les facultats d'intervenció administrativa, l'activitat registral, les potestats inspectores i sancionadores, l'execució de les subvencions i totes les altres funcions i activitats que l'ordenament atribueix a l'Administració pública".

En relació amb les competències executives també s'ha pronunciat el Tribunal Constitucional en la Sentència 76/1983, de 5 d'agost (FJ 12), en enjudiciar l'article 7 de la LOAPA. En aquesta diu que: "[...] no obstante su redacción actual cabe hacer al apartado en cuestión la misma objeción que venimos haciendo a los artículos anteriores, pues, en la medida en que en él se determina con carácter general el alcance de la potestad de ejecución de las Comunidades Autónomas, incide en el sistema de distribución competencial".

Sembla clar que l'article 107 del text de la Proposta de Reforma estatutària està delimitant amb caràcter general l'abast de les potestats d'execució de la Generalitat. Es tracta, d'un precepte interpretatiu que contradiu a més, en alguns supòsits, la doctrina constitucional, elaborada inicialment sobre preceptes constitucionals, i en alguns supòsits no a partir d'una interpretació conjunta de la Constitució i l'Estatut d'autonomia vigent. No hi ha dubte que la mateixa Sentència 18/1982, de 4 de maig, que se cita al Dictamen, elabora una doctrina general sobre la potestat reglamentària sens perjudici que reforci la seva posició amb altres arguments com el contemplat en el Fonament Jurídic 5.

La inconstitucionalitat del precepte examinat deriva, com en el cas de l'article anterior, del fet que estableix com única vàlida, una de les múltiples i possibles

interpretacions que poden donar-se sobre l'abast de la competència executiva. Com s'ha exposat, aquesta funció correspon en última instància al Tribunal Constitucional que és el suprem intèrpret de la Constitució i no al legislador ordinari. Per tant, aquest precepte és inconstitucional.

7. Amb caràcter previ a l'examen de la resta dels preceptes que es contenen en el text de la Proposta de Reforma estatutària, convé fer una referència a les relacions de coordinació, col·laboració o cooperació i de participació. Com assenyalava el Dictamen, el desenvolupament dels mecanismes bilaterals no han de fer oblidar la importància dels mecanismes de relació multilaterals essencials per a un bon funcionament d'un Estat compost i fortament desenvolupat. Aquests últims mecanismes són necessaris per definir conjuntament l'interès general en els àmbits de competència estatal i per fixar les formes d'execució de les respectives competències, per aconseguir un funcionament eficaç de les diverses administracions en l'execució de les seves competències.

A) Les relacions de coordinació i les de col·laboració o cooperació (aquestes darreres es poden considerar sinònimes) presenten importants diferències, que es reflecteixen també en l'exercici de les competències sobre les quals es projecten.

Les relacions de coordinació es poden conceptuar com el mecanisme que permet concertar a les parts en l'exercici dels seus respectius poders, per portar a terme una actuació unitària. Però aquestes parts no es troben en situació de plena igualtat, ja que una, la que dirigeix la coordinació, se situa en una posició de preeminència o superioritat. Per aquest motiu, l'Estat no pot exercir una competència general de coordinació (ni una comunitat autònoma respecte a d'altres), sinó que la competència de coordinació en un determinat àmbit competencial ha d'estar expressament prevista en la Constitució (per exemple la coordinació general de la sanitat).

En canvi, les relacions de col·laboració o cooperació es caracteritzen per una actuació pròpiament conjunta o mancomunada, en la qual les parts es troben en situació d'igualtat; es tracta d'una actuació des de la diversitat i des de l'aportació plural dels que cooperen, en la qual es pretén la consecució d'un objectiu comú. A diferència de les relacions de coordinació, el principi de col·laboració o cooperació és inherent o consubstancial a l'Estat compost (així, en aquest sentit, ho ha manifestat reiteradament, la jurisprudència constitucional) i a la forma d'organització territorial que implanta la Constitució. Les relacions de col·laboració vertical són les que s'estableixen entre l'Estat i les comunitats autònomes i poder ser bilaterals o unilaterals i de caràcter general o sectorial. Les relacions de col·laboració horitzontal són les que mantenen les comunitats autònomes entre si. La Constitució contempla la possibilitat de celebrar convenis horitzontals a l'article 145.2 CE. A l'apartat 2 es distingeix entre els convenis per complir i prestar serveis propis, i els acords de cooperació, als quals assigna règims jurídics diferents.

Quant a la participació, aquesta es pot manifestar de forma més freqüent o bé en la integració en un òrgan estatal de representants de la comunitat autònoma que vetllen perquè en l'exercici de les competències d'aquell òrgan, es tinguin en compte els seus interessos implicats, o bé la participació pot merament consistir en la intervenció de la comunitat autònoma en determinats procediments de decisió estatals mitjançant informes o propostes. En la participació, el titular de la competència és l'habilitat per establir les formes de participació dels altres ens interessats.

B) En el text de Proposta de Reforma de l'Estatut d'autonomia s'hi contenen mandats tant al legislador autonòmic com a l'estatal. Els dirigits al legislador autonòmic acostumen a ser encàrrecs de regulació i propostes d'objectius polítics per a la definició i l'execució dels quals aquest compta amb un marge de discrecionalitat.

Qüestió diferent és el valor que es pugui reconèixer a aquests mandats o indicacions estatutàries quan van dirigits al legislador estatal. Aquests mandats o indicacions poden ser de diversa naturalesa. En uns casos poden exigir la modificació de lleis estatals, en d'altres la reestructuració de les seves institucions i en ocasions el condicionament d'algunes competències de l'Estat, sobretot a partir de mecanismes de participació.

Per valorar aquestes regulacions la doctrina diferencia les següents situacions: a) en primer lloc, aquelles advertències estatutàries que són conseqüència directa i immediata de les competències que la comunitat autònoma té reconegudes i que no poden exercir-se sense l'adopció de determinades mesures legislatives estatals. En aquest supòsit el recordatori de la necessitat d'una acció legislativa, complementària a l'Estatut, és legítima des del punt de vista constitucional.

b) En segon terme, es troben mandats o assignacions de tasques al legislador estatal però sense substituir-lo: Aquests poden consistir en la incorporació als estatuts de clàusules subrogatòries o més en general en la inclusió de clàusules estatutàries que contenen simples remissions o suggeriments a la legislació estatal, acceptant tant allò que es contingui en aquesta, com el que la norma estatal a la qual l'estatut reenvia pot ser lliurement modificada per l'Estat. Aquesta classe de reenviaments, que per altra banda no impliquen dotar a les normes futures de la rigidesa formal de les normes estatutàries, també es pot estimar constitucionalment legítima.

c) En tercer lloc es troben al text de reforma de l'Estatut mandats o apel·lacions al legislador que consisteixen en intromissions en les seves competències, ja que substitueixen per una regulació estatutària, -que com és sabut és una regulació producte d'una doble voluntat- el que hauria de ser una regulació unilateral de l'Estat en virtut de les seves competències. En aquests supòsits el legislador estatutari obliga a l'Estat a modificar la seva legislació i predetermina a més el

futur del contingut d'una llei estatal. Per contravenir competències estatals els preceptes que incorporen prescripcions d'aquesta classe són inconstitucionals.

8. En aquest apartat s'analitzaran una sèrie d'articles que conté el text sotmès a dictamen i que plantegen problemes de constitucionalitat.

Article 111.2 in fine: aquest precepte, que es refereix a l'abast territorial i efectes de les competències, en el seu apartat final diu: "[...] només, quan no sigui possible aquesta col·laboració, l'Estat d'acord amb la Comissió Bilateral Generalitat-Estat, pot establir mecanismes de coordinació, per a l'exercici de les seves respectives competències". A través d'aquest incís es produeix una interferència en les competències de coordinació estatals ja que per establir mecanismes d'aquesta índole s'exigeix un acord previ amb la Generalitat. Per això aquest precepte en la mesura que interfereix el sistema de coordinació estatal és inconstitucional.

Article 112: El Dictamen arriba a una conclusió de constitucionalitat a través d'efectuar una interpretació que en la meua opinió va més enllà del que és raonable. El precepte és inconstitucional en la mesura que qualifica expressament la competència de la Generalitat com "exclusiva". Aquest article envaeix competències que corresponen a l'Estat ex article 149.1.18 CE i afecta la garantia institucional dels ens locals.

Article 114.a, b: La qualificació com a exclusiva de la competència sobre el règim estatutari del personal al servei de les administracions públiques no respecta el que disposa l'article 149.1.18 CE. La lletra b no salva l'anterior ja que no contempla tots els aspectes que la Sentència 1/2003, de 16 de gener, que se cita en el Dictamen considera com a integrants de l'Estatut dels funcionaris. També cal assenyalar que aquest precepte, igual com l'anterior, no respecta les competències relatives a l'Estat sobre els ens locals i afecta la garantia institucional d'aquests.

Article 115.2 i 4: L'incís "l'execució i l'explotació d'obres d'interès general" contradiu el que disposa l'article 149.1.24 CE que qualifica aquesta competència com exclusiva de l'Estat. El precepte és inconstitucional, atès que sostreu d'una competència exclusiva de l'Estat unes competències d'execució. Respecte al punt 4 és inconstitucional per exigir un informe determinant en una matèria de competència exclusiva estatal.

Article 118.1.c: La regulació sobre horaris comercials no pot ser qualificada com una competència exclusiva ja que poden incidir en aquesta competències estatals derivades de l'article 149.1.13 CE (bases i coordinació de la planificació general de l'activitat econòmica). En aquest sentit em remeto al que es va exposar en el vot particular que conté el Dictamen núm. 267, de 7 de febrer de 2005.

Article 121.1: Quant als "fons de pensions" la competència no és exclusiva, sinó compartida. En preveure aquest precepte aquella qualificació infringeix allò establert a l'article 149.1.11 CE.

Article 125. 1 i 2 : Pel que fa a l'apartat 1 de l'article 125, tot i acceptar la doctrina general que es conté en el text del Dictamen, entenc que són inconstitucionals les lletres a, b, c, d, h i i, en tota la seva extensió.

L'apartat 2 de l'article 125 és inconstitucional en la mesura que limita els efectes de l'article 27 CE, atès que en matèria d'ensenyament no universitari hi ha més aspectes bàsics.

Article 130.1.a, b i 2: Respecte a l'apartat 1 de l'article 130, cal destacar el caràcter únic d'aquests cossos funcionaris sobre els quals l'Estat té les competències que li atribueix l'article 149.1.18 CE, que a més per estar integrats dins de la seva pròpia administració, exerceix amb tota amplitud, tant en l'ordenació de la funció pública que desenvolupen, que en part es canalitza a través dels col·legis, com en allò que afecta el seu règim estatutari (en aquest sentit STC 87/1989, de 18 de maig, FJ 4).

Quant als col·legis, aquests formen part del sistema organitzatiu i jerarquitzat de la funció pública estatal que exerceixen els seus components, i per tant, del règim jurídic del Notariat. És per això que aquest apartat 1.a excepte l'incís "el nomenament dels notaris i registradors de la propietat i mercantil" no s'ajusta a la Constitució.

Així mateix també és inconstitucional l'apartat 1.b d'aquest article. L'article 149.1.8 CE atribueix a l'Estat l'ordenació dels registres i instruments públics. Les inscripcions registrals es practiquen en els llibres corresponents i els documents notariaus es recullen en els respectius protocols notariaus. Dins del títol competencial que fa referència a l'ordenació dels registres i instruments públics, s'inclou el règim de disposició d'aquells. En tractar-se d'una competència exclusiva de l'Estat i en disposar l'apartat 2 que s'examina que en matèria de notariat i de registres públics, la propietat dels protocols notariaus i dels llibres de registre de la propietat, de béns mobles, mercantils i civils de Catalunya, correspon a la Generalitat, l'article que es dictamina és inconstitucional.

Article 132.5. a 11: Es tracta de matèries de competència estatal que només poden ser transferides en el seu cas a la Generalitat mitjançant el mecanisme contemplat a l'article 150.2 CE. Per tant aquests apartats són inconstitucionals. Els apartats 5 i 7 quan imposen un acord en una matèria de competència estatal; el Dictamen mateix suggereix un canvi de redacció d'aquests preceptes. Els apartats 6 i 8 quan preveuen una legislació autonòmica en un àmbit de competència estatal. Els apartats 9, 10 i 11 quan atribueixen algunes matèries a la Generalitat de competència estatal que com s'ha dit abans només poden ser transferides a través del mecanisme que contempla l'article 150.2 CE.

Article 135.1.e: Cal assenyalar que en aquesta matèria l'Estat ex article 149.1.7 CE té competència sobre la legislació laboral, sens perjudici de la seva execució per les comunitats autònomes. Per tant, la referència que es fa en el precepte al

“desplegament normatiu”, d’acord amb la jurisprudència del Tribunal Constitucional que inclou aquesta activitat reglamentària dins del terme legislació, aquest precepte és inconstitucional.

Article 137.2.a, e; 3 i 4: La lletra a de l’article 137.2 no s’ajusta al que preveu l’article 149.1.21 CE (“[...] transports terrestres que circulen pel territori de més d’una comunitat autònoma[...]”) i és per tant inconstitucional. A la mateixa conclusió s’arriba pel que fa a l’apartat 2. e per vulnerar també l’article 149.1.21 “[...] trànsit i circulació de vehicles a motor[...]”.

L’apartat 3, en la mesura que exigeix un acord previ respecte de l’exercici d’una competència estatal és inconstitucional per les raons apuntades en el punt 7.B.c d’aquest vot particular. A la mateixa conclusió d’inconstitucionalitat s’arriba respecte a l’apartat 4. L’Estat ex article 149.1.21 CE té competència sobre els ferrocarrils i transports terrestres que circulin per més d’una comunitat autònoma. En aquesta competència s’inclou la potestat de coordinació a efectes de la integració de la xarxa ferroviària. El precepte que s’examina en parlar que la Generalitat “determina amb l’Estat les formes de col·laboració pertinents per a la gestió integrada de la xarxa ferroviària” està exigint a l’Estat un acord en una matèria que és de la competència d’aquest.

Article 140.1: L’apartat 1 és inconstitucional perquè redueix les bases a unes “directrius”.

Article 143: No s’ajusta a la Constitució ja que no troba cobertura constitucional a la disposició addicional novena, que és inconstitucional.

Article 144.4.a i b: Quan contradiuen l’article 149.1.30 CE, que atorga a l’Estat la regulació de les condicions d’obtenció, expedició i homologació de títols acadèmics i professionals.

Article 156.3: És inconstitucional perquè imposa una participació orgànica en una competència estatal. Per poder considerar aquest precepte com ajustat a la Constitució, s'hauria d'afegir al final: "en els termes que disposi la corresponent llei estatal".

Article 157.1.b i 4, 5: Sobre l'ordenació farmacèutica la Generalitat pot tenir competències legislatives, reglamentàries i d'execució respectant les bases i coordinació general de la sanitat i les competències estatals derivades dels productes farmacèutics, especialment en la fase de la seva dispensació (art. 149.1.16 CE). (STC 32/1983, de 28 d'abril; 80/1984, de 20 de juliol; 109/2003, de 5 de juny i 152/2003, de 17 de juliol). En la mesura que es configura aquesta competència com exclusiva, tot i ser compartida, l'apartat 1.b del precepte és inconstitucional. L'apartat 4 és també inconstitucional perquè estableix una participació necessària en una competència exclusiva estatal. L'apartat 5 és inconstitucional pel que fa al seu incís "i de selecció i registre de medicaments". Es tracta d'una matèria bàsica de la sanitat nacional que correspon a l'Estat, atesa l'afectació de manera general i directa a les garanties dels drets constitucionals previstos a la Constitució (art. 43 i 51.1 CE) i a la garantia de les condicions d'igualtat que l'Estat està obligat a fer efectiva. Aquesta igualtat, segons la Sentència del Tribunal Constitucional 109/2003 (FJ 3), es considera intrínseca a la funció uniformadora que ha de complir la normativa bàsica de sanitat. Competència que, en aquest cas, és més específica i que desplaça a la que contempla l'article 149.1.1 CE.

Article 160.2 i 3: L'apartat 2 és inconstitucional. En principi, a cada ens li correspon el rendiment dels jocs, la titularitat dels quals té atribuïda (a l'Estat ex article 149.1.14 CE, a la Generalitat a partir de l'article 149.1.3 CE). També és inconstitucional l'apartat 3 perquè condiciona l'exercici de la competència estatal a un acord previ amb la Generalitat. El precepte fa referència tant a "l'autorització

de noves modalitats” com “a la modificació de les existents”, circumstància aquesta última molt previsible i que en tot cas no podrà implicar canvis de titularitat.

Article 163.2.b i 4.d: La seguretat pública és una competència estatal recollida a la Constitució (art. 149.1.29). La Llei orgànica que regula les forces i cossos de seguretat de l'Estat, de les policies de les comunitats autònomes i de les policies locals fou dictada en compliment d'allò establert a l'article 104.2 CE (la disposició final segona d'aquesta llei orgànica es refereix a Catalunya). Respecte a l'apartat 2.b, es tracta d'uns documents l'interès dels quals és extracomunitari, va més enllà de l'interès autonòmic segons actualment ja reconeix l'article 13.4 EAC vigent. El passaport s'expedeix als ciutadans espanyols a fi de permetre'ls la sortida del territori de l'Estat. Recordi's, a més, que segons la Llei orgànica 1/1992, de 21 de febrer, de protecció de la seguretat ciutadana, el passaport pot substituir-se per altres documents (art. 10) entre aquests pel Document Nacional d'Identitat. Aquest apartat 2.b és inconstitucional perquè envaeix competències estatals de seguretat que pertanyen al que podria denominar-se nucli essencial en matèria de seguretat. A la mateixa conclusió d'inconstitucionalitat s'ha d'arribar respecte a la lletra d de l'apartat 4, perquè el control i la vigilància del trànsit és competència estatal derivada de l'article 149.1.21 CE. Una altra cosa és que aquesta facultat pugui transferir-se a la comunitat autònoma a través del mecanisme previst a l'article 150.2 CE.

Article 167.2: Sobre el règim econòmic de la seguretat social, l'article 167.2 de la Proposta de Reforma, atribueix a la Generalitat la gestió dels serveis del règim econòmic de la seguretat social que inclou el reconeixement i la gestió de les prestacions econòmiques del sistema de seguretat social i l'organització d'aquests serveis.

L'article 149.1.17 CE, pel que fa a l'abast de les competències estatals sobre el règim econòmic de la seguretat social, ha estat interpretat pel Tribunal

Constitucional en diferents Sentències, com ara la 124/1989, de 7 de juliol (FJ 3), i posteriorment seguida en d'altres com la 16/1996, d'1 de febrer (FJ 3) o la 195/1996, de 28 de novembre (FJ 6 i 7). En aquesta reiterada jurisprudència l'Alt Tribunal ha considerat la seguretat social i el seu règim econòmic com matèries competencialment diferents. I respecte del segon ha negat que l'Estat tingui només potestats normatives en la matèria, d'acord amb una anàlisi sistemàtica, històrica, i teleològica del precepte. Segons el Tribunal Constitucional: "El designio perseguido con el acantonamiento del 'régimen económico' dentro de la competencia exclusiva del Estado no ha sido otro, con toda claridad, que el de preservar la unidad del sistema español de Seguridad Social y el mantenimiento de 'un régimen público', es decir, único y unitario de Seguridad Social para todos los ciudadanos (art. 41 de la Constitución), que garantice al tiempo la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y deberes en materia de Seguridad Social (art. 149.1.1.ª de la Constitución). Debe tenerse en cuenta a este propósito que en el momento de aprobarse la Constitución había sido ya creada la Tesorería General de la Seguridad Social para hacer efectivos los principios de solidaridad financiera y de unidad de caja, y este dato resulta relevante para la correcta interpretación del art. 149.1.17.ª, en la medida en que, como cabe deducir de los antecedentes y de los debates parlamentarios que culminaron en la aprobación del texto del citado precepto constitucional, la mención separada del 'régimen económico' como función exclusiva del Estado trataba de garantizar la unidad del sistema de la Seguridad Social, y no sólo la unidad de su regulación jurídica, impidiendo diversas políticas territoriales de Seguridad Social en cada una de las Comunidades Autónomas.

[...]

La Constitución no se ha limitado a establecer esa solidaridad interterritorial, sino que, partiendo de la misma, ha establecido e impuesto el carácter unitario del sistema y de su régimen económico, la estatalidad de los fondos financieros de la Seguridad Social y, por ende, la competencia exclusiva del Estado no sólo de normación sino también de disponibilidad directa sobre esos fondos propios, que en este momento se articula a través y por medio de la Tesorería General de la

Seguridad Social. Por ello es competencia exclusiva del Estado, ejercida a través de la Tesorería General de la Seguridad Social, 'La gestión de los recursos económicos y la administración financiera del sistema, en aplicación de los principios de solidaridad financiera y caja única'.

[...]

El Estado ejerce no sólo facultades normativas sino también facultades de gestión o ejecución del régimen económico de los fondos de la Seguridad Social destinados a los servicios o a las prestaciones de la Seguridad Social" (STC 124/1989, de 7 de juliol, FJ 3).

D'acord amb aquesta mateixa jurisprudència les facultats que integren la competència estatutària de gestió de règim econòmic de la seguretat social seran les que no puguin comprometre la unitat del sistema o pertorbar el seu funcionament econòmic uniforme, ni qüestionar la titularitat estatal de tots els recursos de la seguretat social o engendrar directament o indirecta desigualtats entre els ciutadans pel que fa a la satisfacció dels seus drets i al compliment de les seves obligacions de seguretat social.

El Tribunal Constitucional ha detallat, a més, una sèrie de competències de gestió del règim econòmic de la seguretat social que pertanyen a l'Estat. Així, respecte de determinats actes instrumentals de l'obligació de contribuir (inscripció d'empreses, afiliació, altes i baixes) cal assegurar la comunicació immediata dels actes a l'Estat i, de manera més àmplia, el control del compliment dels deures pertinents correspon a l'Estat. Són també competència exclusiva de l'Estat les actuacions de gestió i control de la recaptació de les quotes i altres recursos de finançament del sistema de la seguretat social, com també les actuacions d'ajornament o fraccionament dels pagaments corresponents. També ho són les facultats de distribució temporal i espacial de les disponibilitats dineràries; la qual inclou la competència per a la disponibilitat directa dels fons propis, la previsió de pagaments, les provisions de fons i l'ordenament de pagament a càrrec dels fons de la seguretat social.

En conclusió, el control de la caixa única que correspon a l'Estat suposa l'atribució de la potestat executiva quan recau directament sobre activitats econòmiques, mentre que quan recau sobre activitats instrumentals (inscripció d'empreses, afiliació, altes i baixes) comporta només una facultat de supervisió, essent l'execució en relació amb el compliment dels deures no immediatament econòmics, competència de la comunitat autònoma.

En definitiva, d'acord amb el que s'ha exposat, es pot entendre que l'article 167.2 de la Proposta de Reforma no presenta objeccions de constitucionalitat sempre que la gestió dels serveis del règim econòmic de la seguretat social no obstaculitzi la competència executiva de gestió reconeguda a l'Estat per l'article 149.1.17 CE, tal com l'ha definida el Tribunal Constitucional.

Article 174: No troba la seva justificació constitucional a la disposició addicional novena del text de la reforma.

Article 176: Aquest article és inconstitucional en els termes que està redactat perquè suposa una intromissió en les competències estatals. Això implícitament ho reconeix el dictamen quan proposa alterar el contingut del seu text, en el sentit de donar-li una altra expressió (es proposa afegir l'incís: "en els termes que estableix la legislació aplicable"). Per altra part tampoc pot recolzar-se la seva constitucionalitat en la disposició addicional novena lletra g que també, tal i com està redactada, és inconstitucional. (Veure punt 7.B.c d'aquest vot particular).

Article 177.2: L'incís "i si escau, adoptar acords en els casos establerts per aquest estatut i en general amb relació als àmbits següents" és inconstitucional. El precepte s'expressa en termes molt amplis ja que ni precisa els acords concrets que poden adoptar-se, ni distingeix el tipus de competències sobre les quals incideix. D'altra banda, en examinar alguns articles del text objecte de dictamen, s'ha posat en relleu la seva inconstitucionalitat atès que l'exercici d'algunes

competències estatals se supedita a l'acord previ de la Comissió Bilateral. En la mesura que l'incís que es comenta pot posar-se en relació amb aquells preceptes inconstitucionals és també inconstitucional.

Article 179.2: En aquest precepte es dirigeix a un mandat incondicionat al legislador estatal en una matèria de la seva competència. En conseqüència és inconstitucional. El Dictamen entén que a aquest article se li ha d'afegir un incís que condicioni aquest mandat al que estableixi la llei.

Article 181.1: S'ha d'arribar a la mateixa conclusió d'inconstitucionalitat i per idèntiques raons a les que s'han exposat en examinar l'article anterior. Aquest precepte tal com està redactat no s'ajusta a la Constitució pel mandat que conté. El Dictamen mateix assenyala la conveniència de fer en el precepte una referència a la "normativa aplicable".

Article 185.3: S'imposa una participació concreta en una competència exclusiva de l'Estat. El precepte és inconstitucional d'acord amb el que s'ha expressat en el punt 7.B.c d'aquest vot particular.

Article 191.2 i 3: L'apartat 2 quan estableix que la "[...] participació comporta, en tots els casos, la incorporació d'una representació de la Generalitat en la delegació negociadora [...]" suposa un mandat al legislador estatal en una matèria de la seva competència exclusiva (149.1.3 CE) i és per tant inconstitucional. Així mateix, també pot considerar-se inconstitucional la referència a l'"informe determinant del Parlament" quant no és aplicable en aquest cas la disposició addicional cinquena en referir-se aquesta al govern. Fora d'això i tractant-se de competències exclusives, és raonable una intervenció de la comunitat autònoma competent en els processos de negociació d'aquests tractats i convenis.

L'apartat 3 fa referència a uns "preacords internacionals" sense precisar res més. Aquesta activitat consisteix en negociar i arribar a uns pactes a l'àmbit

internacional sense un major compromís atès que se sotmeten aquests al que decideixi l'autoritat que en definitiva tingui la facultat d'aprovar-los. Es tracta d'una activitat que s'emmarca en el títol competencial de l'article 149.1.3 CE, per tant, aquest precepte és inconstitucional.

Article 199: La gestió, la recaptació i la inspecció dels tributs cedits és matèria reservada a la LOFCA. El precepte envaeix competències estatals quan encomana directament aquesta gestió amb caràcter general a l'Agència Tributària. Això s'entén sens perjudici que la Generalitat pugui crear un servei tributari per a la gestió dels seus impostos.

Article 202: Els mecanismes de solidaritat als quals es refereix el precepte, no poden ser altres que els previstos a l'article 158 CE: les denominades assignacions d'anivellació i les partides del Fons de Compensació Interterritorial. D'entrada existeix un obstacle de partida que ve donat constitucionalment per la unilateralitat del plantejament que fa el precepte que s'analitza. Correspon només a l'Estat dotar de fons necessaris a un i a l'altre mecanisme. Són càrregues generals de l'Estat que s'assumeixen mitjançant els pressupostos generals de l'Estat (art. 158.1 CE). Les comunitats autònomes no poden fer aportacions particulars i afectades a un o altre mecanisme. En la previsió constitucional, si més no pel que fa a les assignacions d'anivellació, del conjunt de recursos que genera la Hisenda estatal hi ha una porció que serveix als objectius de solidaritat. El plantejament que efectua l'article 202 altera aquest procediment. En efecte, en el plantejament que fa el text sobre el finançament es distingeix, primer, una xifra que es lliura a l'Estat com a contrapartida del cost dels serveis i competències que aquest presta i exerceix, (art. 200) i, segon, i per no eximir la contribució de la comunitat autònoma a l'objectiu de solidaritat, es configura una altra partida, la qual es distingeix per la seva finalitat (art. 202). És evident que la proposta que fa el precepte que ara s'examina queda fora de l'actual bloc de constitucionalitat, encara que només sigui perquè substitueix a l'Estat en l'ordenació de la solidaritat interterritorial i en la provisió dels mitjans necessaris per a la seva consecució. A

través d'una norma estatutària no es poden establir uns criteris de solidaritat que d'acord amb la Constitució correspon fixar a l'Estat amb caràcter general. En fer-ho s'està impedit que l'Estat pugui de forma conjunta regular aquesta matèria amb caràcter general. En definitiva, la regulació de l'article 200 priva a l'Estat de la facultat d'organitzar una competència pròpia. Per les raons exposades aquest precepte és inconstitucional.

10. La disposició addicional tercera prescriu que la Generalitat "exerceix" competències respecte a determinades facultats de titularitat estatal que es contenen en les lletres recollides en el seu apartat 1 i, que "l'assumpció efectiva" d'aquelles s'ha de portar a terme mitjançant una "llei orgànica de transferència" de les que contempla l'article 150.2 CE (apartat 2).

A) L'article 150, apartat 2, CE regula la possibilitat de cessió de competències per part de l'Estat a les comunitats autònomes mitjançant les lleis orgàniques de transferència o delegació. En les previsions constitucionals aquesta transferència o delegació competencial no és genèrica, sinó que està subjecta a determinats requisits també descrits per l'article 150.2 CE. Es tracta doncs, de competències corresponents a matèries de titularitat estatal.

La doctrina majoritària entén que aquestes lleis poden revestir dues formes: la de transferència que pot comportar el desplaçament de titularitat de la competència cedida de l'Estat a la comunitat autònoma, i la de delegació, en la qual l'Estat no deixa de ser titular de la competència, encara que delega el seu exercici en la comunitat autònoma, la qual l'ha d'executar amb subjecció a les normes estatals. El sentit institucional clàssic de la "delegació" comporta que no es puguin delegar competències legislatives i només executives o de gestió. Els termes transferir i delegar no han estat, doncs, utilitzats a l'article 150.2 CE com a sinònims, sinó que es tracta de diferents realitats jurídiques, de diferents tècniques. Com s'acaba d'apuntar, transferir és transmetre la titularitat de la competència, mentre que delegar és transmetre el seu exercici.

La llei orgànica de transferència o delegació ha de preveure en tot cas la corresponent transferència de mitjans financers. La taxativitat de l'article 150.2 CE, disposant que la llei haurà de preveure "en cada cas la corresponent transferència de mitjans financers" imposa que la llei concreti la transferència financera.

Segons l'article 150.2 CE, la llei també ha d'incloure les formes de control que es reservi l'Estat. Això significa que s'hi ha de concretar les formes de control, sense que tampoc no siguin constitucionalment admissibles les referències a controls genèrics. Atès que en la delegació no es transfereix la titularitat de la competència, sembla que les formes addicionals de control hagin de ser diferents en aquesta que en la transferència. A més, la mateixa Constitució, que no descriu les formes de control en les lleis orgàniques de transferència, sí que dissenya el control en les de delegació, a l'article 153.b, atribuïnt-lo al Govern, previ dictamen del Consell d'Estat. El silenci de l'article 150.2 CE sobre el control de les lleis orgàniques de transferència s'ha d'entendre en el sentit que quan es transfereixin competències legislatives que comporten elaboració de lleis, roman el control directe del Tribunal Constitucional, encara que la llei de transferències no ho esmenti. D'altra banda si es transfereixen potestats executives, és la llei la que haurà d'establir els controls estatals sobre l'exercici de la competència transferida.

Encara que l'article 105.2 CE no diu res sobre si la transferència o delegació és reversible s'ha de plantejar aquesta qüestió. Per la seva naturalesa, sembla que en la delegació la reversibilitat és possible en tot cas, ja que només s'ha cedit l'exercici de la competència. Però en la transferència, malgrat que teòricament res no impedeix la reversibilitat, en existir traspàs de titularitat, és més difícil revocar la cessió de competències, ja que l'operativitat de la comunitat autònoma sobre la competència transferida, ha pogut configurar la competència de tal manera que la reversió a l'Estat sigui una possibilitat més teòrica que real. D'altra banda, el fet que la competència transferida o delegada pugui ser, ni tan sols formal o

teòricament, revocable, confirma la diferent funció que compleixen aquestes lleis en l'ordenament jurídic en relació amb la que tenen els estatuts d'autonomia, ja que en aquests darrers, no s'adquireixen competències revocables com en el cas de les lleis de transferència o delegació.

D'altra banda, també cal destacar que les lleis a les quals es refereix l'article 150.2 CE són de naturalesa diferent als estatuts d'autonomia. El Tribunal Constitucional ha assenyalat en la seva Sentència 56/1990, de 29 de març, que: "Los Estatutos de Autonomía, pese a su forma de Ley Orgánica, no son instrumentos ni útiles ni constitucionalmente correctos, por su naturaleza y modo de adopción, para realizar las transferencias o delegaciones de facultades de una materia de titularidad estatal permitidas por el art. 150.2 de la Constitución". Des d'aquesta perspectiva, el Tribunal considera que "Utilizar, pues, el Estatuto como instrumento de transferencia o delegación implicaría dar rigidez a una decisión estatal en una manera no deseada por el constituyente y que choca con la mayor flexibilidad que los instrumentos del art. 150.2 han de poseer". La flexibilitat, per al Tribunal Constitucional va connectada amb la mateixa naturalesa que la llei orgànica de transferència o delegació, que "implica una decisión formalmente unilateral por parte del Estado, susceptible de renuncia y de introducción de instrumentos de control"; mentre que l'Estatut "supone una doble voluntad y una falta de disposición estatal a la hora de derogar la transferencia o delegación o de introducir esos instrumentos de control".

El fet que tant les lleis del 150.2 CE com els estatuts d'autonomia siguin lleis orgàniques no és, doncs, raó suficient per assimilar-les, ja que en l'estatut la llei orgànica té una funció diferent (integrar l'estatut en el sistema jurídic general de l'Estat). Pel que fa al contingut i al procediment, són diferents els previstos per als estatuts i els establerts per a les lleis orgàniques de transferència o delegació. En efecte, en aquestes darreres, la comunitat autònoma no intervé de forma decisiva. En efecte, de la llei orgànica de l'article 150.2 només disposa l'Estat, encara que la comunitat autònoma pot sol·licitar-la (art. 87.2 CE, en relació amb

els respectius Estatuts d'Autonomia), mentre que en l'elaboració i la reforma de l'Estatut, la comunitat autònoma té una gran intervenció. En realitat, amb la llei orgànica de transferència o delegació s'assignen competències extraestatutàries a les comunitats autònomes. D'altra banda, l'aprovació de lleis de transferència o delegació no modifica formalment l'Estatut d'Autonomia, que només pot ser modificat seguint el procediment previst en aquest. Finalment, la concreta naturalesa de la llei orgànica de transferència o delegació que la converteix en una norma amb un sentit institucional propi, obliga que qualsevol modificació que s'hagi de fer sobre el seu contingut hagi de ser adoptat mitjançant una altra llei de la seva mateixa naturalesa.

Encara que ultrapassant el silenci de la Constitució, mitjançant l'article 28.1 de la Llei orgànica del Tribunal Constitucional, les lleis orgàniques de transferència o delegació s'han integrat en el denominat "bloc de la constitucionalitat", ja que aquest es forma, entre altres, per "las leyes que, dentro del marco constitucional, se hubieren dictado para delimitar las competencias del Estado y de las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de éstas".

B) Resumint allò que la doctrina ha elaborat sobre les diferències entre les disposicions estatutàries i les lleis a les quals es refereix l'article 150.2 CE, es pot afirmar el que segueix. Primer: que tenen un diferent punt de referència constitucional. L'article 81.1 CE esmenta expressament les lleis que aproven els estatuts d'autonomia, mentre que l'article 150.2 CE atén a la clàusula oberta de l'article 81.2 CE. Segon: que la norma estatutària té caràcter bilateral, ja que per a la seva existència necessita de la doble voluntat, l'estatal i la territorial o l'autonòmica. Al contrari, les normes de l'article 150.2 CE són unilaterals, és a dir, de lliure disposició i de plena configuració pel legislador orgànic estatal. Tercer: que la norma estatutària té un peculiar procediment d'elaboració i reforma, mentre que les normes de l'article 150.2 CE manquen de garanties procedimentals diverses a les de qualsevol llei orgànica no estatutària. L'Estatut té un procediment

d'aprovació singular diferent del de la llei orgànica normal que el revesteix de caràcters diferencials que fan que no sigui intercanviable amb una llei de l'article 150.2 CE. Quart: el text de l'Estatut no pot contenir juntament a les disposicions reservades i pròpies d'aquest, prescripcions que són pròpies del legislador ordinari (orgànic) estatal limitant la seva disponibilitat sobre matèries que són de la seva exclusiva competència. El titular de les competències transferibles o delegables que és l'Estat, és el que pot disposar sobre aquelles tant des de la perspectiva de quines vol transferir com des del moment en què vol fer-ho i, tot això sense vinculacions prèvies.

C) La disposició addicional tercera del text de reforma estatutària disposa en el seu apartat 2 que: "L'assumpció efectiva de les competències establertes a l'apartat anterior («La Generalitat en els termes que estableix l'apartat 2, exerceix les competències en les matèries següents:») es portarà a terme mitjançant una llei orgànica de transferència de les que estableix l'article 150.2 CE".

D'acord amb el que s'ha exposat, aquest precepte és inconstitucional perquè condiona les competències estatals. En efecte: 1) Estableix el caràcter obligatori de la transferència ("exerceix", "s'ha de portar a terme");

D) Condiona l'objecte de la transferència en regular-se detalladament el contingut de les competències que han de ser transferides (apartat 1, lletres a fins a j), quedant a més l'Estat obligat imperativament a portar-la a terme en el sentit expressat en aquesta disposició ("assumpció efectiva mitjançant una llei orgànica de transferència") i 3) Impedeix la revocació per una llei posterior perquè no parla simplement d'una transferència sinó d'una assumpció efectiva d'unes competències que el mateix text de reforma estatutària, determina.

Per tot això, i en la mesura que la disposició addicional tercera, del text de reforma de l'Estatut d'Autonomia suposa un condicionament per a l'Estat de les

facultats que li confereix l'article 150.2 CE, el precepte que s'examina és inconstitucional.

Disposició addicional cinquena: En aquesta disposició resulta difícil poder concretar l'abast del que cal entendre per "determinant" referent a informes o mecanismes de relacions bilaterals. Per tant, aquesta disposició i els preceptes que hi tenen relació només són constitucionals si es considera que el contingut de l'activitat autonòmica no és preceptiu i/o vinculant.

Barcelona, 3 de setembre de 2005

VOT PARTICULAR que formula el conseller senyor Agustí M. Bassols i Parés, a l'empara de l'article 50 del Reglament provisional d'organització i funcionament del Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya, al Dictamen núm. 269, emès en data 1 de setembre de 2005.

En el text del Dictamen que té com a objecte la Proposta de Reforma de l'Estatut d'autonomia vigent, i amb relació a l'article 21 de la indicada proposta, referent a drets i deures en l'àmbit de l'educació, la majoria del Consell ha establert la constitucionalitat d'aquest precepte, pel que fa al seu primer apartat. És a dir, ha dictaminat que la qualificació de laic de l'ensenyament públic és plenament compatible amb el dret que assisteix els pares per tal que els fills rebin la formació religiosa i moral que vagi d'acord amb les seves conviccions, que els atorga l'article 27.3 CE.

Les raons exposades en defensa d'aquesta compatibilitat es basen en el fet que l'obligació que es deriva de l'indicat precepte constitucional no s'estén a la forma a través de la qual els poders públics han de donar-li compliment. A aquest

respecte s'afirma que, a Catalunya, els poders públics poden arbitrar la forma que estimin més adient per donar satisfacció al dret de referència, quan ho sol·licitin els pares, en l'àmbit de les diverses activitats educatives que han de regular.

Per consegüent, després d'un breu comentari dels articles 16.3 i 27.3 CE, i de la interpretació que formulen d'aquesta normativa, la majoria del Consell conclou, com he exposat al principi, que el precepte en qüestió és constitucional.

Aquesta conclusió no s'estableix, per tant, en termes categòrics, sinó obeint a una interpretació determinada, reconeixement que equival a admetre que la normativa en què aquella es recolza és susceptible d'altres interpretacions, fins i tot de signe contrari, que posen en relleu la inseguretat del vot majoritari.

Aquí comença la meva respectuosa discrepància de l'opinió de la majoria, basant-me en arguments prou sòlids que, al meu modest criteri, porten al convenciment de la inconstitucionalitat del precepte en qüestió.

En el text del Dictamen s'admet obertament que la Constitució no dissenya per a Espanya un model d'Estat laic, sinó simplement aconfessional. Certament, la declaració "Cap confessió tindrà caràcter estatal" de l'article 16.3 CE permet excloure la confessionalitat de l'Estat. Però aquesta conclusió no comporta com a obligat corol·lari la realitat de signe oposat d'un Estat laic o aconfessional *stricto sensu*, que per principi hauria de prescindir de les confessions religioses i situar-se'n fora.

Doncs bé, l'article 16.1 CE, a continuació de l'afirmació que he citat abans, proclama la garantia de la llibertat ideològica, religiosa i de culte, i en l'apartat 3 del mateix article es disposa que:

“Els poders públics tindran en compte les creences religioses de la societat espanyola i mantindran les consegüents relacions de cooperació amb l'Església Catòlica i les altres confessions”.

I l'article 27 CE, específicament vulnerat pel precepte estatutari que vinc comentant, en els seus apartats de més interès, ordena:

“2. L'educació tindrà com objecte el ple desenvolupament de la personalitat humana en el respecte als principis democràtics de convivència i als drets i a les llibertats fonamentals.

3. Els poders públics garanteixen el dret que assisteix els pares per tal que els fills rebin la formació religiosa i moral que vagi d'acord amb les seves conviccions.

[...]

5. Els poders públics garanteixen el dret de tothom a l'educació, mitjançant una programació general de l'ensenyament, amb la participació col·lectiva de tots els sectors afectats i la creació de centres docents”.

Els dos articles 16 i 27 estan integrats en el títol I, capítol II, secció 1a, del text constitucional, sobre drets fonamentals i llibertats públiques, de manera que l'esmentat dret dels pares a la formació religiosa dels seus fills i els altres drets i llibertats postulats en aquelles normes tenen rang de fonamentals i són tributaris del màxim respecte.

Fins ara, la legislació i l'actuació de l'Estat s'han mostrat acceptablement respectuoses amb l'expressada normativa constitucional. Així, s'han signat una sèrie d'acords de cooperació amb entitats religioses, concretament sobre l'ensenyament de la religió. Cito, en primer lloc, els Acords amb la Santa Seu de 3 de gener de 1979, ratificats per Espanya el 4 de desembre del mateix any, és a dir, ja vigent l'actual Constitució espanyola, especialment dedicats a

l'ensenyament religiós i a altres temes culturals, dels que destaquen les següents disposicions:

a) Els plans educatius que van des de l'educació infantil fins al batxillerat han d'incloure l'ensenyament de la religió catòlica en tots els centres públics i privats concertats en condicions equiparables a la resta de les disciplines fonamentals.

b) Aquest ensenyament serà voluntari per als alumnes però obligatori per als centres, amb alguna excepció pel que fa als privats concertats, per raons ideològiques. Les autoritats acadèmiques hauran d'adoptar les mesures oportunes per tal que el fet de rebre o no ensenyament religiós no suposi cap discriminació per als alumnes.

c) El professorat serà designat per l'autoritat acadèmica competent a proposta de l'Ordinari diocesà.

Igualment, el dia 10 de novembre de 1992, l'Estat va establir convenis de cooperació comprensius de l'ensenyament religiós amb la Federació d'entitats religioses evangèliques (Llei 24/1992), amb la Federació de comunitats israelites (Llei 25/1992) i amb la Comissió islàmica d'Espanya (Llei 26/1992), totes tres lleis ordinàries de 10 de novembre de 1992. També la LOGSE (Llei orgànica general del sistema educatiu, de 3 d'octubre de 1990), avui vigent, en la seva disposició addicional segona disposa que l'ensenyament de la religió s'ajustarà a l'Acord entre la Santa Seu i l'Estat espanyol al que acabo de fer referència i als que es puguin subscriure amb altres confessions religioses i que, amb aquesta finalitat, i de conformitat amb el que disposin els indicats acords, s'inclourà llur religió com a matèria en els nivells educatius que correspongui. I d'una manera taxativa ordena que aquest ensenyament serà d'oferta obligatòria per als centres i d'acceptació voluntària per als alumnes.

Aquesta disposició és d'aplicació a totes les comunitats autònomes segons el que expressament ordena la disposició addicional novena de la mateixa Llei.

El Reial decret 2438/1994, de 16 de desembre, pel qual es regula l'ensenyament de la religió, que ordena les assignatures de la religió catòlica i de les altres confessions religioses amb què l'Estat estableixi un conveni, va ser objecte del Dictamen del Consell Consultiu núm. 194, de 16 de març de 1995, emès a petició del Govern de la Generalitat. En les seves conclusions, el Consell va estimar que la matèria regulada per la indicada disposició era de competència estatal i que tenia el caràcter de norma bàsica.

Vist el conjunt de normes i convenis estatals citats i la seva rellevància, crec que és lícit opinar que la pretesa aconfessionalitat de l'Estat espanyol, que, a més, contribueix amb una aportació econòmica important al manteniment de la religió catòlica, no és més que una mitja veritat, que es compagina molt malament amb la declaració de laïcisme de l'ensenyament públic a Catalunya que proclama l'article 21.1 de la Proposta de Reforma de l'Estatut d'autonomia vigent. Com he dit més amunt, la majoria del Consell tracta d'evitar la inconstitucionalitat del mencionat precepte amb l'al·legació que l'article 27.3 de la Constitució no imposa una forma determinada de respecte al dret dels pares a la formació religiosa dels fills i que, per tant, pot donar-s'hi compliment al marge de l'ensenyament públic.

A part de la contradicció que suposa que una obligació dels poders públics pugui complir-se sense ser pública o amb diners públics, no és cert, al modest criteri del sotassinat, que l'article 27 CE no estableixi el sistema en què ha de dur-se a terme l'indicat procés educatiu.

En efecte, l'apartat 5 de l'expressat article preceptua que els poders públics garanteixen el dret de tothom a l'educació –i per tant, també, el dels que han de ser educats en la religió per voluntat dels seus pares- mitjançant una programació

general de l'ensenyament, amb participació col·lectiva de tots els sectors afectats i la creació dels centres docents.

Amb caràcter general, complementen l'indicat apartat 5 de l'article 27 els altres apartats del mateix precepte, especialment el 7 que, junt amb els professors i els alumnes, inclou els pares en el control i en la gestió de tots els centres sostinguts per l'Administració amb fons públics. I, també, l'apartat 2, en assenyalar, com a objecte de l'educació, el desenvolupament de la personalitat humana en el respecte als principis democràtics de la convivència i als drets i a les llibertats d'ensenyament, que naturalment comprenen les relacions de cooperació amb l'Església catòlica i altres confessions (art. 16.1 CE), i els dret dels pares a l'educació religiosa i moral dels fills (art. 27 CE).

Tot això comporta: a) l'exigència d'una oferta pública prèvia que permeti als pares l'elecció de centre (dret que prescriu l'art. 13.3 del Pacte internacional de drets econòmics, socials i culturals), com a mitjà per escollir, quant a l'ensenyament, el centre que compti amb una formació religiosa i moral determinada; b) l'organització del sistema educatiu i c) la designació del professorat.

Tot això està pactat amb la Santa Seu, segons l'Acord de 13 de gener de 1979, actualment vigent, al qual abans m'he referit. Però el que, respecte d'aquesta qüestió, no he fet constar abans i ho he de fer ara, és que aquests acords, atès el caràcter estatal del Vaticà, tenen el rang de tractat internacional i, per tant, formen part de l'ordenament jurídic intern, i no poden ser derogats si no és d'acord amb les normes generals de dret internacional i la seva denúncia correspon a l'Estat i no a Catalunya.

A propòsit de tractats internacionals en matèria de llibertat i ensenyament religiós, el Dictamen d'aquest Consell Consultiu núm. 195, de 7 de juliol de 1995, afirma:

“Entre aquests tractats, la mateixa Constitució esmenta la Declaració universal dels drets humans, a la qual es poden afegir el Conveni Europeu per la protecció dels drets humans i les llibertats fonamentals de 1950 o la mateixa Convenció de les Nacions Unides sobre els drets de l’infant de 1989, posterior al text constitucional, en tots aquells articles en què contempla un dret reconegut com a fonamental en la Constitució espanyola. L’eventual contradicció entre una llei estatal o autonòmica i un d’aquests preceptes de qualsevol tractat internacional, ens hauria de portar a proclamar la seva inconstitucionalitat...” (F III).

Precisament, és d’especial interès per al cas que ens ocupa, entre les moltes declaracions de l’ONU i convencions i tractats internacionals que afecten l’Estat espanyol o en els que aquest s’ha adherit, em refereixo al Conveni Europeu dels Drets Humans i de les Llibertats Fonamentals, signat a Roma el 4 de novembre de 1950, i ratificat per Espanya el 26 de setembre de 1979 (BOE núm. 243, de 10 d’octubre de 1979), o sigui vigent ja la Constitució espanyola, i al seu Protocol annex número 1, del que cito i transcriu el seu article 2 (en versió castellana):

“A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas”.

Aquest precepte, a més de passar a formar part de l’ordenament jurídic espanyol intern, té dimensió constitucional per referir-se a un dret fonamental reconegut a la Constitució espanyola, atesa també la naturalesa de l’indicat tractat ratificat per Espanya, en relació amb el que disposa l’article 10.2 CE.

Fent referència a l’indicat protocol, la Sentència del Tribunal Europeu de Drets Humans de 7 de desembre de 1976 (cas Kjeldsen, Busk Madsen i Pedersen), sobre el dret de dels pares a decidir el tipus d’educació per als seus fills en l’àmbit

ideològic i religiós, interpreta que l'article 2 del mencionat protocol s'aplica a totes les funcions de l'Estat en el camp de l'educació i l'ensenyament, no permet distingir entre la instrucció religiosa i les altres assignatures, ordena a l'Estat respectar les conviccions, religioses o no, dels pares en el conjunt de l'ensenyament públic, i que s'han de considerar les disposicions del Conveni i els seus protocols com un tot.

Aquesta resolució deixa, doncs, molt clar que el dret dels pares a escollir l'educació religiosa dels fills és un dret que s'ha de respectar en el conjunt de l'ensenyament públic, contràriament al que es sosté en el text del Dictamen que impugno.

Finalment, per si algú sostingués la idea que el dret en qüestió és una antigalla residual de la "catòlica Espanya", tingui's en compte que la Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea, solemnement aprovada a Niça el 8 de desembre de 2000, signada pels presidents del Consell, de la Comissió i del Parlament, en el seu article 14.3 disposa:

"Es respecten, d'acord amb les lleis nacionals que en regulin l'exercici, la llibertat de creació de centres docents dins del respecte als principis democràtics, com també el dret dels pares o les mares a garantir l'educació i l'ensenyament dels seus fills i filles de conformitat a les seves conviccions religioses, filosòfiques i pedagògiques."

Aquest precepte ha estat incorporat amb una redacció molt similar a l'article II-74.3 del projecte de Constitució Europea, que en el referèndum de que va ser objecte a l'Estat espanyol, va rebre el vot majoritari dels catalans.

En conclusió, considero que l'article 21.1 de la Proposta de Reforma vulnera als articles 16.1 i 16.3 i 27.2, 27.3 i 27.5 de la Constitució espanyola i l'article 2 del

protocol annex numero 1 del Conveni de Roma de 1950, i que per tant és inconstitucional.

Barcelona, 3 de setembre de 2005

VOT PARTICULAR que formulen conjuntament els consellers senyors Agustí M. Bassols i Parés, Jaume Vernet i Llobet i Jaume Camps i Rovira, a l'empara de l'article 50 del Reglament provisional d'organització i funcionament del Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya, al Dictamen núm. 269, emès en data 1 de setembre de 2005.

En aquest vot particular conjunt mostrem la nostra respectuosa discrepància amb relació a les conclusions a què arriba la majoria en el Fonament II, punt 5, del Dictamen, relatiu al reconeixement i actualització dels drets històrics, disposició addicional primera de la Proposta de Reforma; en el Fonament IV, punt 3, sobre el Síndic de Greuges, article 75.3 de la Proposta de Reforma; en el Fonament VII, punts 5, 6 i 20, relatius a competències específiques, concretament a ensenyament i a medi ambient, articles 125.1 i 161.1 de la Proposta de Reforma, respectivament; i en el Fonament VIII, punt 8, sobre les relacions de la Generalitat amb la Unió Europea, esmenes 332 i 341, i sobre la circumscripció electoral per al Parlament Europeu, article 187 de la Proposta de Reforma.

I

Amb relació als drets històrics, el nostre parer divergeix de la majoria del Consell en la mesura que, per una banda, es reconeix la constitucionalitat de l'article 5 de la Proposta de Reforma, però, de l'altra, se li nega qualsevol virtualitat pràctica en considerar la majoria inconstitucional la disposició addicional primera (i l'esmena 400, d'una eficàcia menor), segons les conclusions manifestades en el Fonament

II (punt 5). Per justificar la seva constitucionalitat i dotar d'efectes la declaració de l'article 5 de la Proposta de Reforma, aportem la següent argumentació:

1. En primer lloc, farem unes consideracions generals, que en apartats ulteriors concretarem, a fi d'il·lustrar la nostra posició sobre l'opinió majoritària del Consell.

Catalunya ha basat la seva singularitat nacional en uns trets característics que ha manifestat al llarg de la seva història. Fonamentalment, una voluntat de decidir el propi futur i d'autogovernar-se a través d'unes institucions centenàries, i el manteniment d'una llengua i d'un dret propis i d'una cultura transmesa de generació en generació, així com d'una cultura donada a les migracions de persones que han fet de Catalunya la seva llar al llarg dels segles.

Aquests fets han servit perquè Catalunya no perdés la seva identitat, malgrat els diversos intents històrics d'anorrear-la, i han reforçat la seva voluntat de continuar construint un projecte de futur, a partir del reconeixement del seu fet diferencial i dels drets històrics, la qual cosa ha estat recollida amb més o menys claredat a la Constitució, a l'Estatut d'autonomia i a la doctrina del Tribunal Constitucional, com a continuació estudiarem.

La raó per la qual no hi ha una referència constitucional diàfana als drets històrics es troba en una doble motivació. D'una banda, en la pròpia raó de ser de la Constitució, que implica una novació de les bases de l'ordenament constitucional i que s'oposa a una mena de tradicionalisme historicista i foralista present a la història espanyola del segle XIX. Ara bé, d'altra banda, la història també conforma les constitucions, les quals actualitzen velles situacions, cosa que succeeix en el cas present. Així, s'espera que la Constitució resolgui contenciosos que vénen de lluny i, per tant, hi incorpora denominacions i institucions que procedeixen de dret formalment derogat per la mateixa Constitució, però que, en canvi, s'hi mantenen transformats i, en part, són la singularitat de la nova Constitució en dret comparat. Per això, els noms que han perviscut poden presentar problemes de

comprensió i de contextualització, tant a la resta de l'Estat com al constitucionalisme europeu (per exemple, president de la Generalitat o síndic major de comptes).

D'aquesta manera, pot succeir que la pretesa contradicció entre la Constitució i els furs desaparegui perquè no hi ha una contraposició entre les institucions tradicionals i les liberaldemocràtiques, en tant que les primeres només conserven el nom per dotar-se del contingut de les segones. De manera que les institucions tradicionals reben una nova legitimitat de la Constitució a la qual se subordinen, precisament perquè aquesta les reconeix. D'aquesta manera, el nostre punt de partida és el d'un constitucionalisme que incorpora la foralitat, com a sentit històric, però no es tracta, per contra, d'un foralisme que accepta, perquè no té més remei, la Constitució, com a forma juridicopolítica d'organització estatal moderna. En aquest sentit, doncs, coincidim amb la majoria, ja que situem els drets històrics en la Constitució i no com a producte d'una legitimitat aliena a aquesta. La base de la idea de constitucionalisme que tenim és radicalment democràtica i fidel a la història i a la voluntat del nostre poble. En aquest sentit, el Tribunal Constitucional recorda que l'actualització dels drets històrics suposa "la supresión, o no reconocimiento, de aquellos [drets] que contradigan los principios constitucionales" (STC 76/1988, 26 d'abril, FJ 3).

Les arrels tradicionals i històriques es troben en relació amb la denominació complexa de les institucions catalanes, aplegades sota el nom medieval de Generalitat. El nom històric ha permès dotar la institució d'una estructura moderna, plenament vigent i ensems recorda que l'estructura moderna existeix gràcies a l'existència prèvia i secular d'unes institucions anteriors i no només gràcies a la Constitució, que ara les incorpora. En aquest sentit, cal recordar que els textos referendats pels catalans democràticament han ratificat el restabliment de la Generalitat de Catalunya el 1931 i el 1979, cosa que torna a unir la història i la democràcia sota el constitucionalisme modern.

A més, particularment, el foralisme s'ha expressat de forma diferent a Catalunya que a Euskadi i Navarra. En aquests darrers llocs s'hi ha posat un èmfasi especial, mentre que a Catalunya, de la defensa del dret foral se n'ha dit generalment defensa del Dret civil català, defugint el terme foral, però, en canvi, s'ha reivindicat l'existència d'un dret propi i diferenciat d'allò que s'ha denominat erròniament i intencionada comú. Tanmateix, és evident que l'existència d'un dret català no es basa en la seva modernitat, sinó en la seva foralitat o historicitat, sense que això no vulgui dir que s'hagin d'adaptar i actualitzar a les necessitats de la societat d'avui. D'aquesta manera, es percep, doncs, una unitat de concepte, relatiu al foralisme o a la foralitat, malgrat que els fonaments, les aplicacions i les manifestacions han estat diverses. Tot i així, es manté encara un basament del que s'ha considerat l'antecedent dels drets històrics, aquell que l'associava amb els *historische Staatsrecht* i que va permetre la *Devolution* a hongaresos, bohemis i croates sota l'imperi dels Habsburgs a finals del s. XIX i principis del s. XX.

2. A continuació, farem referència al fonament constitucional dels drets històrics. La peculiaritat d'aquests drets ha estat recollida de forma diversa i certament imprecisa a la Constitució. D'aquesta manera, determinats preceptes hi tenen una connexió directa, concretament l'article 2, la disposició transitòria segona i la disposició addicional primera, tot i que hi ha altres referències historicistes a la Constitució.

A) Així, l'article 2 CE es refereix al reconeixement del dret a l'autonomia de les nacionalitats, cosa que pressuposa la preexistència d'aquestes nacionalitats o nacions sense estat a la mateixa Constitució, ja que aquesta norma reconeix un dret i no l'estableix. La dicció literal de la Constitució ens indica que aquesta ha tingut en compte la realitat plurinacional i l'estatal en el seu redactat. A més, cal recordar que l'anomenat Estat autonòmic ha desplegat, amb resultats diversos, una doble finalitat: d'una banda, reconèixer la singularitat d'unes nacionalitats històriques i, de l'altra, descentralitzar l'Estat com a instrument per millorar

l'eficàcia administrativa. Part de la doctrina entén que l'èxit ha estat desigual, ja que les comunitats autònomes de més tradició i consciència nacional no han trobat encara l'encaix esperat a l'Estat, mentre que la descentralització política i administrativa d'aquest s'ha consolidat ràpidament. La raó -segons aquesta doctrina- ha estat, entre d'altres, que la reconducció de la diversitat no respecta els fets diferencials, les institucions tradicionals pròpies o, dit d'una altra manera, els drets històrics, allò que singularitza cada comunitat nacional. Entre la doctrina, s'ha considerat que els drets històrics són part dels fets diferencials que es poden reconèixer a les comunitats autònomes.

B) Igualment, la disposició transitòria segona CE es referia, sense anomenar-les directament (però tanmateix eren clarament identificables), a unes determinades comunitats nacionals que, "en el passat", haguessin plebiscitat projectes d'estatut d'autonomia, la qual cosa explicita, sense embuts, una fonamentació històrica recent i ens transporta al primer i darrer projecte d'estatut avalat per més del noranta per cent dels votants catalans el dos d'agost de 1931: el projecte democràtic i republicà de Núria. Aquesta disposició permeté recuperar ràpidament les institucions bàsiques d'un règim parlamentari modern, que podien desplegar el màxim nivell competencial. Tanmateix, els efectes d'aquesta disposició constitucional s'han circumscrit bàsicament, sense que sigui del tot necessari, al procediment d'elaboració de l'estatut d'autonomia, alleugerint els tràmits que la Constitució imposava a l'article 151 de la Constitució. Hem dit "bàsicament" perquè, en el cas de Catalunya, el Reial decret llei de 29 de setembre de 1977 va "restablir" la Generalitat provisional, de la mateixa manera que es va fer després de proclamada la segona república. El Reial decret llei 41/1977, de 29 de setembre, sobre el restabliment provisional de la Generalitat de Catalunya, deia "La Generalidad de Cataluña es una institución secular, en la que el pueblo catalán ha visto el símbolo y el reconocimiento de su personalidad histórica". El restabliment institucional és un revifament o una actualització d'un complex institucional que es remunta a l'edat mitjana i que, com és sabut, fou inicialment una mena de comissionat de les Corts, de tots tres braços, per a la gestió i

recaptació d'impostos, del qual no és llunyana l'estructura i l'organització territorial del Principat, ni la creació del Dret, com a manifestació sobirana. Així, institucions, Dret públic i gestió de recursos econòmics són a la base de la Generalitat reinstaurada.

C) Finalment, com a precepte de major rellevància, la Constitució recull la disposició addicional primera, en la qual es diu que: "La constitució empara i respecta els drets històrics dels territoris forals. L'actualització del dit règim foral es durà a terme, en el seu cas, dins el marc de la Constitució i dels Estatuts d'Autonomia". Aquesta disposició demostra que la referència als drets històrics, com afirma la majoria, "no resulta estranya" a l'ordenament constitucional vigent, encara que el parer majoritari no en tregui cap conseqüència respecte de Catalunya (cosa que, sigui dit de passada, també es critica per part de la majoria, aquesta no accepta que no es prevegin efectes al reconeixement estatutari dels drets històrics). La majoria tampoc no justifica adequadament, al nostre parer, per què no és aplicable l'esmentada disposició constitucional a Catalunya, quan justament aquesta disposició addicional primera CE és, com diuen, la fonamentació dels drets històrics.

D'entrada cal destacar dues indeterminacions essencials: no es diu quins són els drets històrics que s'emparen i es respecten ni tampoc a quins subjectes es refereix, ja que es fa una referència vaga a uns indefinits territoris forals. No hi ha doncs una referència precisa ni a l'objecte protegit ni al subjecte que n'és el titular.

a) La disposició addicional primera CE es refereix a la foralitat com a característica que compromet la Constitució a emparar i respectar els drets històrics, única base per establir els subjectes d'aplicació d'aquesta clàusula constitucional; però no fa esment explícit a uns territoris concrets. Al contrari, la seva interpretació literal ens porta indefectiblement a una expressió del tot genèrica, no *ad hoc*. La Constitució, doncs, no anomena individualitzadament els territoris o les comunitats autònomes als quals és aplicable. La disposició addicional es pot

aplicar als territoris forals, és a dir, en aquells territoris que tenen o han tingut furs. De furs n'hi hagué, a més a més d'Euskalherria, a la Corona catalanoaragonesa, raó per la qual l'Estatut d'autonomia d'Aragó esmenta els drets històrics i Catalunya també ho podria fer genèricament o concretant-ne els efectes que actualitzen la seva peculiar historicitat, com ho van fer ben aviat Euskadi i Navarra.

A més a més, la doctrina ha considerat que la raó d'ésser de la disposició addicional primera és la de donar expressió als "fets diferencials d'origen històric", de manera que inclou tots aquells territoris que en el passat haguessin disposat de sistemes juridicopúblics propis, com fou el cas de Catalunya. Ultra això, la naturalesa i peculiaritats del sistema juridicopúblic de la "federació" catalanoaragonesa foren d'una entitat superior a les diferenciacions que es poden destacar dins dels territoris del regne de Castella, particularment a Euskadi. Amb tot, la Constitució no esmenta pas a quin tipus de foralitat es refereix i, en conseqüència, tant pot ser de caràcter juridicoprivat, com juridicopúblic. El constrenyiment del concepte que fa la majoria no té cobertura constitucional explícita, a part de la interpretació, molt condicionada pel cas concret que es resolia, del Tribunal Constitucional (STC 88/1993, 12 de març, FJ 1.b) del qual no es pot fer, en cap cas, una categoria general. Per contra, la doctrina del Consell d'Estat manté una certa relació entre el Dret civil foral, de caràcter privat, i la disposició addicional primera CE, com a garantia de la foralitat (Dictamen núm. 50452, de 7 de maig de 1987, o el núm. 1537/92, secc. 1a, de 13 de juliol de 1993). Ultra això, la referència foral de forma genèrica (llevat, doncs, de les mencions exclusives a Navarra) només es fa en tres preceptes constitucionals: a la disposició addicional primera, que no explicita el caràcter juridicopúblic, a la disposició addicional segona i a l'article 149.1.8 CE, aquests dos últims referits explícitament al Dret privat. De forma que la inconcreció de la disposició addicional primera pot precisar-se amb els altres dos preceptes, tot trobant dins la foralitat un lloc per a les institucions històriques de base juridicoprivada.

En la Sentència del Tribunal Constitucional 88/1993, de 12 de març, el Tribunal es refereix com a referent històric als furs jurídicopúblics tinguts en el passat, la qual cosa no els limita necessàriament als que s'hagin mantingut durant els segles XIX i XX, precisament perquè el Tribunal no ho diu. L'única referència constitucional al segle XIX és a sengles lleis que es deroguen en l'apartat segon de la disposició derogatòria CE, el qual, com veurem més endavant, no es va integrar a la disposició addicional primera, sinó que expressament es va separar, cosa de cabdal importància per interpretar l'*iter* parlamentari i per concretar els possibles titulars susceptibles d'aplicar-los els drets històrics previstos a la disposició addicional primera CE. Tanmateix, aquesta dada rellevant s'ignora en el Dictamen aprovat per la majoria. En canvi, als nostres efectes, la referència de la disposició transitòria segona és a la Segona República, s. XX, i afecta Catalunya, Euskadi i Galícia. Per tant, la Constitució deixa un marge interpretatiu ampli, en no esmentar els territoris forals ni tampoc establir cap límit temporal per a la consideració de la foralitat, cosa que no es desprèn de la literalitat de la Constitució, del debat constituent ni de la jurisprudència del Tribunal Constitucional.

b) La disposició addicional primera CE es remet expressament als estatuts d'autonomia, sense esmentar cap en concret, per l'actualització dels drets històrics, sense que s'esgoti tampoc aquesta en la primera redacció d'aquests. En aquest sentit, amb relació a l'actualització dels drets històrics, l'Estatut d'autonomia és una norma fundacional de la comunitat autònoma (STC 76/1988, de 26 d'abril, FJ 5). El Tribunal Constitucional ha avalat aquesta idea, en la mesura que considera que els drets històrics no són un títol autònom, sinó que els estatuts són el marc idoni i decisiu per a l'actualització dels drets històrics (STC 123/1984, FJ 4, i 94/1985, FJ 6; reblat a les STC 11/1984, 76/1988, FJ 4; 140/1990, FJ 3, i 159/1993, FJ 6). Naturalment, aquestes Sentències només es refereixen a Euskadi i Navarra perquè els seus estatuts d'autonomia són els únics que han desenvolupat l'actualització del règim foral i que han estat tractats pel Tribunal. A més, aquest tampoc no ha negat que hi hagi altres territoris històrics

susceptibles de ser reconeguts i actualitzats en virtut de la disposició addicional primera CE.

c) Des de la perspectiva dels antecedents parlamentaris del període constituent, tant la disposició addicional primera com l'article 150.2 CE van sorgir per cercar una posició més favorable a la Constitució per part dels diputats i senadors que pertanyien a la minoria basca, però aquest origen no ha impedit que l'article 150.2 s'apliqués a altres situacions que no tenen res a veure amb els territoris bascos, tot intentant corregir o adaptar les prescripcions estatutàries. En el cas de Catalunya, l'art. 150.2 CE ha estat previst a la Proposta de Reforma precisament per ampliar les competències en un tema que els articles 16 (ensenyament) i 17 (seguretat) de l'EAPB donaven la competència a Euskadi en virtut de l'aplicació del reconeixement i actualització dels drets històrics. En l'àmbit de la seguretat i l'ordre públic, hi ha una enorme similitud en la fonamentació històrica. Igualment, l'actualització de les funcions dels mossos d'esquadra és similar a la de les policies basques i navarreses.

Tanmateix, el fet que la discussió parlamentària fos preponderantment centrada en el cas d'Euskadi i, en menor mesura, en el de Navarra no impedeix que ambdós preceptes puguin tenir una aplicació més àmplia, com a bastament ha succeït amb l'article 150.2 CE. Així, recordem els debats constituents per evitar caure en un error força estès segons el qual només es pensava en dues comunitats autònomes. Hi ha diversos fets que contradiuen aquest pensament majoritari que impera en la doctrina iuspublicista.

Inicialment, l'avantprojecte (article 139.1, p. 32, 5 gener 1978) es referia al fet que "Se podrá autorizar por ley la asunción por parte del Territorio Autónomo de la gestión o ejecución de los servicios y funciones administrativas que se deriven de las competencias que correspondan al Estado de acuerdo con la precedente relación". Aquest precepte va ser esmenat, sense èxit, pel grup parlamentari basc que recull part de la seva redacció. La justificació de l'esmena deixa clar que es vol establir "un cauce para resolver el problema específico de las nacionalidades

que históricamente han mantenido unas instituciones de gobierno y administración profundamente arraigadas”.

En qualsevol cas, el precepte, força allunyat de l'actual 150.2 CE, obre la possibilitat, a través d'una negociació política que es va produir en el despatx del ministre Abril Martorell, de redactar un text ben diferent: l'article 143 diu “El Estado podrá delegar en las Comunidades autónomas, mediante ley orgánica y previa solicitud de las mismas, la ejecución de funciones de titularidad estatal [...]”, a banda de la proposta en el Dictamen de la Comissió constitucional del Congrés d'una disposició addicional, que es mantindrà amb els canvis més significatius (primer, com a disposició addicional única i després, com a primera i que procedia d'unes esmenes *in voce*), l'efecte de la nostra argumentació, que assenyalarem. La disposició esmentada deia: “La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales. La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de autonomía”. Exactament, tal com diu la Constitució vigent.

En el debat en Comissió ja es parla de les Illes Canàries. El diputat Bravo de Laguna ja es refereix al caràcter històric, encara que no pertanyent a territori foral, d'aquesta comunitat, per fonamentar una altra disposició addicional que és rebutjada per entendre's que no era necessària d'incorporar. En la mateixa sessió, el diputat Arzalluz defensa la seva esmena, que és rebutjada, tot afirmant que és conscient que el tema dels drets forals “no es exclusivo de los cuatro territorios históricos que superviven, tras la implantación del Estado liberal en España” i que es tracta d'“instituciones creadas a lo largo de los siglos”. Igualment, Benegas defensa una esmena, signada per diferents grups i aprovada per unanimitat, tot dient que és l'única possible “para constitucionalizar el respeto a los derechos históricos de los diferentes pueblos de España, entre los que se encuentra el Pueblo Vasco”. Gastón afirma que a Aragó tenen un dret vigent però que “nos faltan muchos derechos administrativos y públicos que en estos momentos, gracias a esta enmienda de disposición adicional, vamos a poder recuperar

derechos que queremos y volveremos a conseguir". En les explicacions de vot, Peces-Barba replica que "nos parecía inadecuada la mención concreta a las cuatro provincias vascas porque entendemos que el problema puede tener concreciones en algunas otras partes de nuestro país" i Arzalluz li recorda que ell ja havia dit abans que existien altres territoris forals. Per la seva part Cisneros diu que la manifestació d'empament i respecte dels drets històrics respon a la voluntat "de enraizar el derecho a la autonomía en instituciones de la más vigorosa encarnadura histórica y social". Finalment, la idea que la foralitat no era exclusiva d'Euskadi i de Navarra torna a sortir en la discussió del Dictamen del Projecte de Constitució, novament de la veu d'Arzalluz, el 21 de juliol de 1978, en la qual contradiu que es pugui entendre que la seva formulació fos un obstacle per a estendre a d'altres territoris el tema dels drets històrics.

Les esmenes lliurades fins el 7 d'agost de 1978 a la Comissió constitucional del Senat plantegen la discussió -entre d'altres temes- sobre la possible restricció a Euskadi i a Navarra de la qualificació de "territoris forals" (tot ajuntant-hi l'actual disposició derogatòria punt 2, esmena 979) o, per contra, sobre la referència més àmplia a territoris de dret foral i especial (esmena 126) o encara, sobre l'addició de la singularitat econòmica canària (esmenes 233, 765, 967, 968, 972 i 973). D'altres, en canvi, volen substituir "territoris forals" per "territoris de règim foral" (esmena 969) o remarcar el cas navarrès, sense esmentar-ho expressament (esmena 971). En el debat, el 14 de setembre de 1978 (DSS núm. 55), Del Burgo fa referència a Euskadi i Navarra, tot i que hi ha referències, en la discussió, a d'altres comunitats (Pérez Puga, a Galícia). El 6 d'octubre de 1978, el text va incorporar l'esmena 979 (BOCG núm. 157), però s'hi formulà un vot particular (núm. 539, d'UCD), que va tornar a la redacció del Congrés, a banda del vot particular 540, que mantingué l'esmena 126. En la defensa, en sessió de 5 d'octubre de 1978 (DSS núm. 67), González Seara va reconèixer que el text reflectia "la voluntat dels legisladors de tenir presents els drets del poble basc", però volia tornar a la redacció originària per diferents raons, entre les quals podem destacar que "nadie puede pretender reinstaurar a partir de como estaban

en el siglo XVIII” (per tant, abans de la foralitat del s. XIX, cosa que afecta específicament la corona catalanoaragonesa); i que “en el Congreso y en el Senado se han hecho los máximos esfuerzos de comprensión, de generosidad y de solidaridad con el País Vasco y con todos los pueblos de España para llegar a esta disposición adicional [...]”. De tal forma que es va votar unànimement – aquesta és una dada molt rellevant- a favor de la redacció que no singularitza les províncies basques ni navarresa.

C) L'autonomia té indubtablement una base històrica. L'article 143 CE diu que: “En l'exercici del dret a l'autonomia reconegut en l'article 2 de la Constitució, les províncies limítrofes que tinguin característiques històriques, culturals i econòmiques comunes, els territoris insulars i les províncies d'entitat regional històrica podran accedir a l'autogovern i constituir-se en Comunitats Autònomes d'acord amb el que es preveu en aquest Títol i els estatuts respectius”. Aquesta fonamentació històrica es projecta en l'establiment d'una comunitat autònoma, ja que les característiques requerides són unides per una conjunció copulativa. Només quan no es donin aquestes condicions serà aplicable l'article 144 CE, d'acord amb el qual les Corts Generals tenen la iniciativa autonòmica. En conseqüència, pràcticament a totes les comunitats autònomes se'ls reconeix una historicitat, com no podria ser d'altra manera. Ara bé, no totes les comunitats autònomes o part del seu territori han gaudit d'unes institucions juridicopúbliques o de Dret privat o foral pròpies, que són les que *prima facie* es poden acollir a la disposició addicional primera, esmentada abans. Ni tampoc totes presenten una consciència nacional constant en el temps que les diferenciï de la resta.

D) El preàmbul de la Constitució proclama la voluntat de protegir els pobles d'Espanya en l'exercici de les seves cultures i tradicions, llengües i institucions. El proemi fa també referència explícita a la pluralitat de pobles dotats de cultures, tradicions, llengües i institucions pròpies, cosa que pot tenir efectes jurídics si es recull als respectius estatuts d'autonomia, com a competències o institucions diferenciades. Particularment, l'article 149.1.8 CE excepciona la competència

reservada a l'Estat en matèria de legislació civil quan en la comunitat autònoma existien drets civils, forals o especials, els quals són susceptibles de conservació, modificació i desenvolupament, tal com ho han estat, és a dir, com a dret comú d'aplicació preferent al Codi, fins i tot en la supletorietat de les lleis especials (segons es despremia de l'art. 5 de la Llei de bases del Codi civil de 1888, on es deia que "las provincias y territorios en que subsiste derecho foral [...]"; del preàmbul i dels articles primer i segon del títol preliminar de la Compilació de Dret civil especial de Catalunya, Llei 40/1960, de 21 de juliol, i també de la Sentència del Tribunal Suprem de 28 de juny de 1968).

Igualment, es pot acudir al constitucionalisme espanyol del s. XIX per veure com des de la Constitució de 1812 es fa referència als "furs" com a sinònim de "dret" i es preveu l'excepció al dret comú, sobre la base de la unitat constitucional. Així, l'article 258 de la precitada Constitució diu que "El Código civil y criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la monarquía, sin perjuicio de las variaciones, que por particulares circunstancias puedan hacer las Cortes". O l'article 91 de la Constitució de 1869, que afirma que "Unos mismos Códigos regirán para toda la monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias determinen las leyes [...]" i que va ser reiterat a l'article 75 de la Constitució de 1876. Igualment, la Constitució de 1931, a l'article 15.1, fa referència a les "distintas legislaciones civiles".

3. A continuació, analitzarem la recepció estatutària dels preceptes constitucionals. El primer aspecte que hem de ressenyar és que ha estat diversa. Així, els estatuts d'autonomia d'Euskadi, Navarra i Aragó fan referència explícita a l'actualització dels drets històrics i els dos primers en treuen conseqüències concretes. Altres estatuts esmenten el caràcter històric de l'actual comunitat autònoma, sense que això impliqui una especialitat competencial més enllà de la fonamentació de la pròpia autonomia, en virtut de l'article 143 CE, o de la denominació que millor correspongui a la seva identitat històrica (art. 147 CE).

A) En el cas d'Euskadi, en l'Estatut d'autonomia es recullen diverses referències a la història (a través de la recepció de l'expressió "territoris històrics") que permeten reconèixer un territori (art. 2.2), unes institucions (art. 3, 24.2, 26, 37 i 39), uns símbols (art. 5.2), unes competències (art. 10), un dret (art. 14 i 35.1), un sistema de finançament i una hisenda (art. 41 i 42) i altres qüestions (art. 22.2 i 47). A banda d'això, en virtut de la disposició addicional primera de la Constitució es recull l'actualització del règim foral que implica unes competències específiques en ensenyament (art. 16) i en seguretat (art. 17), avalades també per una disposició addicional que permet reforçar o incrementar els àmbits sotmesos a actualització.

B) En el cas de Navarra, en el preàmbul del seu Estatut d'autonomia, es fa referència directa a la disposició addicional primera de la Constitució i al fet que, en virtut d'aquesta, es va iniciar el procés de reintegrament i de millora del règim foral de Navarra, que es realitzà a través del seu Estatut (art. 3 LORAFNA). Navarra es defineix com a Comunitat foral (art. 1) i recorda en l'article 2.1 que els drets originaris i històrics de la Comunitat Foral seran respectats i emparats pels poders públics sobre la base, entre d'altres normes, del paràgraf primer de la disposició addicional primera. La reintegració foral té per objecte institucions pròpies i competències (art. 3, 24), la condició de civil navarrès (art. 5.3), l'existència i la preferència del dret navarrès (art. 48 i 40.3), així com l'acreditació del seu coneixement (art. 63.2), el sistema financer de conveni (art. 45). A més, es basa directament en la disposició addicional primera de la Constitució per tal d'establir les relacions entre l'Administració de l'Estat i de la Comunitat foral (art. 64) i s'afirma que l'acceptació del règim establert per l'Estatut no implica una renúncia a qualssevol altres drets, originaris i històrics, que poguessin correspondre a Navarra (disposició addicional primera LORAFNA).

C) Aragó s'expressa a partir de la seva unitat i identitat històriques com a nacionalitat (art. 1.1 Estatut d'autonomia d'Aragó) i la disposició addicional tercera (abans cinquena) diu que "La aceptación del régimen de autonomía que se

establece en el presente Estatuto no implica la renuncia del pueblo aragonés a los derechos que como tal le hubieran podido corresponder en virtud de su historia, los que podrán ser actualizados de acuerdo con lo que se establece en la Disposición adicional primera de la Constitución". Es tracta d'una aplicació potencial dels drets històrics a la Comunitat Autònoma aragonesa, cosa que deixa clara que el propi Estat, a través de la Llei orgànica d'aprovació de l'Estatut d'autonomia, ha admès una interpretació no restrictiva dels drets històrics. És més, l'Estatut, com és obvi, afirma que Aragó no renuncia a l'actualització concreta dels seus drets a partir de la disposició adicional primera CE.

D) A Andalusia, l'article 1.1 del seu Estatut d'autonomia diu que "Andalucía, como expresión de su identidad histórica y en el ejercicio del derecho al autogobierno [...]". Per això, el Partit Popular d'Andalusia, en el document que aporta al debat estatutari afirma: "Encabezar el Estatuto de Autonomía para Andalucía con una Exposición de Motivos, actualmente inexistente, en la que se recoja el carácter histórico de la identidad política y cultural de nuestra Comunidad a través de los siglos. Rechazamos que otras Comunidades Autónomas se califiquen como históricas en perjuicio de Andalucía. A Andalucía no se le puede negar su carácter histórico, ni debe olvidarse tampoco su papel fundamental en la historia de España, ni sus especiales vínculos con Europa y otros territorios que le son cercanos geográfica o culturalmente, como son el Magreb, la región del Algarve o América Latina. Debe hacerse mención asimismo a su consideración como nacionalidad, dentro de la única Nación, la española, que reconoce la Constitución de 1978, y destacar el papel trascendental para nuestra tierra que en la etapa más reciente jugó Blas Infante y el hito histórico que supuso para nuestra Comunidad el 28 de febrero". Això completa l'actual afirmació de l'article 1 que diu que: "Andalucía se constituye en Comunidad Autónoma como expresión de su identidad histórica y en el ejercicio del derecho al autogobierno que la Constitución reconoce a toda nacionalidad". La idea relativa al fet que cal incorporar la historicitat en l'estatut d'autonomia està, doncs, plenament

assumida. Àdhuc, en l'estatut andalús ja es parla de "la deuda histórica" a la disposició addicional segona.

E) A la comunitat valenciana, organitzada històricament com a Regne de València (art. 1 EACV), es proposa en l'article primer paràgraf primer de l'actual proposició de reforma de l'estatut, que es va lliurar a les Corts Generals per la seva discussió, que "El poble valencià [...] es constitueix en comunitat autònoma [...] com a expressió de la seva identitat diferenciada com a nacionalitat històrica", de la qual cosa se n'extreu una disposició transitòria tercera que afirma que "La competència exclusiva sobre el Dret Foral valencià s'exercirà per la Generalitat, a partir de la normativa formal derogada pel Decret de nova planta de 29 de juny de 1707, recuperada esta i exercitada aquella mitjançant l'actualització de la continguda en el règim foral de l'històric Regne de València conforme a la Disposició addicional primera de la Constitució Espanyola".

F) L'Estatut d'autonomia de Canàries, després de la reforma de 1996, hi incorpora un article primer que diu: "Canarias, como expresión de su identidad singular, y en el ejercicio del derecho al autogobierno que la Constitución reconoce a toda nacionalidad, se constituye en Comunidad Autónoma". Abans deia: "Canarias, como expresión de su identidad, y para acceder a su autogobierno, se constituye en Comunidad Autónoma". I el Govern proposa canviar a: "Canarias es un archipiélago atlántico que, como expresión de su histórica identidad singular y en el ejercicio del derecho al autogobierno reconocido a toda nacionalidad, se constituye en Comunidad Autónoma". Al terme "identitat", s'hi ha afegit "singular" i ara es pretén qualificar-la també d'"històrica", sense que es faci esment a drets històrics en aplicació de la disposició addicional primera de la Constitució, tot i que l'article 46.1 d'aquesta es refereix al gaudi d'un règim econòmic i fiscal especial, "propio de su acervo histórico y constitucionalmente reconocido".

G) Altres comunitats autònomes són definides com a "nacionalitat històrica" (art. 1.1 de l'Estatut d'autonomia de Galícia), com a "comunitat històrica" (com ara

l'art. 1.2 de l'Estatut d'autonomia d'Astúries o l'art. 1 de l'Estatut d'autonomia de Cantàbria), com a "entitat regional històrica" (art. 1.1 de l'Estatut d'autonomia de Múrcia) o com "expressió de la seva identitat històrica" (art. 1.1 de l'Estatut d'autonomia de les Illes Balears i 1.1 de l'Estatut d'autonomia de la Rioja) o "identitat regional històrica" (art. 1.1 Estatut d'autonomia d'Extremadura); moltes de les quals assumeixen competències de dret consuetudinari o civil.

4. Finalment, en relació amb l'Estatut d'autonomia de Catalunya, cal fer també algunes consideracions.

A) A l'Estatut vigent hi trobem ja unes referències que connecten el debat actual amb la història recent i secular, per la qual cosa la reivindicació d'uns drets històrics o d'un fet diferencial d'arrel històrica no ve de nou, ja és explícita en l'Estatut d'autonomia actual, com veurem seguidament, tot i que no ho fos generalment ni total.

a) A Catalunya, el Preàmbul de l'EAC vigent reitera en diverses ocasions la base històrica sobre la qual se sustenta. S'inicia tot dient que "En el procés de recuperació de les llibertats democràtiques, el poble de Catalunya recobra les seves institucions d'autogovern" i posteriorment afirma: La llibertat col·lectiva de Catalunya troba en les institucions de la Generalitat una història d'afirmació i respecte dels drets fonamentals de la persona i de les llibertats públiques de la persona i dels pobles; història que els homes i les dones de Catalunya volen prosseguir [...]".

b) L'article 9.2 EAC permet la conservació, la modificació i el desenvolupament del dret civil català, el qual serà un mèrit preferent en determinades places (art. 23 i 24 EAC). En matèria de competència exclusiva de la Generalitat, aquest dret és aplicable en el seu territori amb preferència a qualsevol altre (art. 26). La creació i l'aplicació del dret és una de les singularitats, juntament amb la llengua, els símbols i les institucions.

c) La idea que l'Estatut és un instrument d'actualització dels drets històrics també es troba en la disposició addicional primera de l'EAC, referida a les institucions locals, concretament les de la Vall d'Aran quan es diu que "En el marc de la Constitució i del present Estatut seran reconegudes i actualitzades les peculiaritats històriques de l'organització administrativa interna de la Vall d'Aran", cosa que recorda clarament la literalitat de la disposició addicional primera de la Constitució. És més, el Tribunal en la Sentència del Tribunal Constitucional 76/1988 utilitza l'expressió "peculiaridades forales (del régimen público)" per a referir-se als drets històrics o forals.

d) La disposició addicional cinquena de l'EAC, amb relació a la comunicació cultural amb altres territoris, torna a fer referència als vincles històrics en l'àmbit de la cultura i, implícitament, en el de la llengua.

e) A més a més, a Catalunya, no es va bastir una autonomia de bell nou ni a través d'una preautonomia com a la resta de nacionalitats i regions, sinó que es va recuperar la Generalitat com a institució provisional, de la mateixa manera que es va fer durant la segona república, en tant que sistema institucional complex, en el qual s'hi encabien les institucions parlamentàries, de govern, jurisdiccionals i locals o territorials. Aquesta nota de provisionalitat és un indicador clau que mostra una continuïtat històrica truncada a causa de conflictes bèl·lics o per períodes autoritaris, més o menys llargs. I que també posa en qüestió que aquesta realitat només hagi de servir per activar el dret a l'autonomia, com sosté la majoria. El restabliment de les institucions té un sentit històric clar que uneix períodes de llibertat de Catalunya i que fonamenta tant el fet diferencial com justifica el reconeixement de drets històrics.

La continuïtat és relativitzada pel Tribunal Constitucional. Així, en la Sentència del Tribunal Constitucional 76/1988, de 26 d'abril, es matisa la noció immutable del règim foral quan exposa que les peculiaritats forals "han atravesado fases históricas muy distintas" i que tampoc no han estat homogènies "las características del régimen foral de cada provincia durante la vigencia de las

diversas constituciones de 1812 hasta nuestros días”, tot i que s’ha de poder apel·lar a una certa continuïtat (STC 140/1990, 20 de setembre, FJ 4), que és predicable de Catalunya en la mesura que hi ha experiències d’exercici del poder públic fins al s. XVIII, però també diverses en el s. XX, mentre que les institucions juridicoprivades han tingut una existència ininterrompuda.

f) En definitiva, la Proposta de Reforma, acollint la doctrina jurisprudencial citada -segons la qual és l’estatut la norma que ha de recepcionar els drets històrics- prescriu a l’article 5 i a la seva disposició addicional primera el reconeixement d’aquests drets. Ambdues normes estan unides per una relació de causa-efecte. L’article del títol preliminar és el factor determinant de les conseqüències que es preveuen en la disposició addicional, on se citen els àmbits en els quals s’actualitzen els drets històrics, dins el marc constitucional que estableix la disposició addicional primera CE. Per això, no entenem que la majoria accepti, com a constitucional, que l’autogovern es fonamenti en uns drets històrics del poble català “que l’estatut incorpora i actualitza” i, en canvi, no accepti la seva concreció, quan reiteradament en el Dictamen es diu que això mateix pot provocar inseguretats jurídiques. Justament la decisió d’aquest Consell pot comportar-la, en negar efectes aplicatius a un precepte estatutari (Fonament II, punt 5).

Igualment, tampoc no deixa de sorprendre que s’accepti sense cap taxa d’inconstitucionalitat l’article 5 de la Proposta, que pren paraules directament de la disposició addicional primera de la Constitució, però, en canvi, es considera per la majoria que aquesta disposició no té aplicació a Catalunya, quan la relació entre les dues normes és més que evident i coherent amb els debats parlamentaris a Catalunya.

B) Ara bé, és cert que l’EAC vigent no ha recollit explícitament una actualització de drets històrics, però no pas perquè fos inconstitucional o no li fos aplicable, sinó perquè no es va considerar políticament necessari per tal de recuperar un nivell i una qualitat acceptable d’autogovern, que podria derivar o fonamentar-se

en d'altres preceptes constitucionals, cosa que, malauradament, no ha estat així. Per això, després de vint-i-sis anys d'autogovern, el balanç de l'autonomia ha portat a la cambra catalana a plantejar-se la utilitat de la clàusula dels drets històrics com a forma de millorar i aprofundir l'autogovern.

Així, la Resolució 1489/VI del Parlament de Catalunya, adoptada pel Ple del 3 d'octubre de 2002, després de contemplar diversos mecanismes d'aprofundiment de l'autogovern, conclou que durant la propera legislatura –és a dir, l'actual– s'ha de modificar "l'actual marc estatutari" i s'ha "d'explorar l'apel·lació als drets històrics de Catalunya d'acord amb el mecanisme regulat per la Disposició Addicional Primera de la Constitució Espanyola". Com a corol·lari d'aquesta Resolució, el Parlament de Catalunya va prendre per amplíssima majoria el solemne acord de: "Emprendre en la propera legislatura els tràmits necessaris per a la reforma de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya i per a la devolució dels drets històrics de Catalunya".

En aquest sentit, l'estudi publicat al BOPC de 5 de desembre de 2002, núm. 366, p. 16, diu, en relació amb la reforma estatutària i els drets històrics, que:

"La disposició addicional primera CE empara i respecta els drets històrics dels territoris forals, i afegeix que l'actualització del règim foral es durà a terme dins el marc de la Constitució i dels estatuts d'autonomia. Segons els seus teòrics, els drets històrics no es limiten a aspectes competencials, sinó que inclouen també aspectes organitzatius i simbòlics, i tots ells són expressió del fet diferencial d'una determinada comunitat o poble. La protecció que la CE atorga als drets històrics exigeix una actualització paccionada, que s'ha de fer fonamentalment mitjançant l'Estatut d'autonomia i amb ple respecte als principis constitucionals.

És cert que els antecedents de l'elaboració de la disposició addicional primera CE semblen reservar-ne l'aplicació a Navarra i al País Basc, però és admès que *la voluntat de la llei s'independitza de la del legislador*. D'altra banda, *Catalunya reuneix les condicions de singularitat nascudes de la història i la*

tradició d'autogovern. Així, seguint aquest plantejament doctrinal, si Catalunya recollís i actualitzés en el seu Estatut d'autonomia els drets històrics, sense infringir els principis constitucionals, aquesta reforma seria plenament constitucional. L'avantatge per a Catalunya seria que d'aquesta manera podria ampliar el seu sostre competencial sense els límits absoluts de l'article 149.1 CE i amb la garantia d'una reforma estatutària. Igualment l'Estatut podria regular la participació de Catalunya en òrgans centrals de l'Estat, llevat d'aquells aspectes expressament establerts a la Constitució" (la cursiva és nostra).

Actualment, el text de la Proposta de Reforma, mercès a la disposició addicional primera CE, així com a la majoria de la cambra catalana, exposa l'interès d'emprar aquesta clàusula per emparar i fonamentar competències concretes de la Generalitat.

La referència a drets històrics o forals s'ha consolidat, doncs, com una argumentació que suporta fets diferencials indiscutibles, sense que se li pugui retreure una certa arbitrarietat, discriminació o privilegi, prohibits constitucionalment, a banda que els antics privilegis i furs quedarien avui totalment descontextualitzats. Per això, del nucli del concepte de fet diferencial, part de la doctrina ha destacat que, com a reconeixement constitucional i estatutari dels elements d'una personalitat historicopolítica pròpia d'algunes nacions. L'apel·lació dels dits drets històrics proporciona un fonament perquè les institucions de les respectives comunitats autònomes mantinguin i desenvolupin la seva pròpia personalitat, més enllà de la genèrica potestat d'autogovern que comparteixen amb altres comunitats autònomes.

C) Pel que fa al tipus d'efectes que es poden albirar amb relació als drets històrics, cal considerar les conseqüències de caràcter competencial i d'altra índole.

a) Entre les primeres, les competències en llengua, cultura i ensenyament són primordials, així com, en un àmbit diferent i més concret, l'actualització de les

funcions policials desenvolupades de bell antuvi pel mossos d'esquadra i que poden aixoplugar-se sota la matèria de "seguretat".

b) Entre les segones, l'establiment d'institucions i l'organització territorial hodiernes són també molt rellevants, cosa que implica dotar-nos dels ens i òrgans vigents en el nostre entorn, així com de l'organització territorial que més ens convé d'acord amb la nostra història i les necessitats vigents. Així com també, d'un sistema de finançament propi.

En aquest sentit, malgrat que la Constitució no determina directament el contingut de l'actualització dels drets històrics, el Tribunal Constitucional ha reconegut, en les sentències en les quals ho ha tractat, que l'actualització ha de tenir importants repercussions sobre el sistema competencial i institucional. Com ha assenyalat la doctrina, la utilització dels drets històrics en l'estatut d'autonomia implicaria un "plus" competencial que podria articular-se directament com a matèria estatutària amb major garantia que les competències transferides o delegades a través de l'article 150.2 CE. En aquest sentit, el Tribunal Constitucional "ha assumit les conseqüències moduladores que els drets històrics poden tenir sobre les competències estatals de l'article 149.1 CE, les quals han justificat la seva aplicació per establir bases asimètriques i fins i tot l'existència d'un mandat constitucional d'interpretar les competències estatals d'acord amb els drets històrics (STC 214/1989)", tal com ha posat en relleu la doctrina.

A més, el Tribunal Constitucional, a parer de la doctrina, ha donat una visió dinàmica i flexible dels drets històrics, tot considerant que la seva funció és avui equiparable a la d'una garantia institucional de la foralitat (STC 214/1989, de 21 de desembre) o d'un emparament i respecte per part de la Constitució dels drets històrics (STC 76/1988, de 26 d'abril). Així, ha considerat que el reconeixement de la foralitat no és el de tots i cadascun dels drets concrets que històricament l'hagin caracteritzat, però protegeix un règim d'autogovern en el qual sigui factible reconèixer el règim tradicional (STC 159/1993, 6 de maig, FJ 6).

Com a àmbits en els quals es podria relacionar la reclamació estatutària de drets històrics, la doctrina ha posat com a exemple l'organització territorial, el dret civil o el finançament. En aquests camps, es donaria un major fonament als règims singulars que es podrien establir a través del nou Estatut, cosa que implicaria el reconeixement d'un tractament diferencial per a Catalunya que excepcionalment la concurrència de títols estatals o limitaria les bases estatals (STC 214/1989, FJ 26; i 140/1990, de 20 de setembre, FJ 4 i 5.a, on el Tribunal matisa la projecció d'algunes normes bàsiques per fer-les compatibles amb competències que eren expressió de drets històrics actualitzats estatutàriament), de forma que es garantiria i reforçaria l'autogovern de Catalunya, que és precisament el que es proposa amb la Proposta per a la reforma que hem dictaminat.

La concreció dels àmbits i els efectes s'haurà de fer a l'Estatut d'autonomia. Per això, sorprèn la decisió de la majoria que deixa en la major ambigüitat l'aplicació de l'article 5 de la Proposta de Reforma, com una mera declaració retòrica o formal, més propi d'un preàmbul amb efectes interpretatius, que no pas d'un precepte inserit en una norma jurídica.

Al llarg d'aquestes consideracions, han anat apareixent un seguit de matèries que són precisament les que es recullen a la disposició addicional primera de la Proposta de Reforma. Concretament s'afirma que "El reconeixement i l'actualització dels drets històrics empara, especialment, els àmbits següents: a) el règim de finançament (títol VI); b) l'organització de les administracions públiques catalanes; el règim jurídic, el procediment, la contractació, l'expropiació i la responsabilitat en les administracions públiques catalanes, i la funció pública i el personal al servei de les administracions públiques catalanes (articles 112, 113 i 114); c) l'organització territorial de Catalunya i el règim local (articles 154 i 155); d) el dret civil (article 123); e) el règim lingüístic a Catalunya (article 128); f) l'educació (article 125); g) la cultura (article 145); h) la seguretat pública (article 163)". Aquests temes han estat presents en la construcció teòrica i

tradicional del fet diferencial català al llarg de la història, amb formulacions distintes, fins a l'actualitat.

El Tribunal Constitucional, per la seva banda, ha tractat les competències dels territoris forals que tenen reconeguts drets històrics en distints àmbits, com ara el de les carreteres (STC 132/1998, de 18 de juny, FJ 4), policia (STC 159/1993, 6 de maig, FJ 6), funció pública (STC 140/1990, 20 de setembre, FJ 3), règim local (STC 214/1989, 21 de desembre, FJ 26), i transport públic discrecional de mercaderies i viatgers (STC 88/1998, 3 de maig, FJ 5).

En conclusió, considerem constitucional la disposició addicional primera del Projecte de Reforma en tant que relaciona i concreta l'objecte sobre el qual es projecten i s'actualitzen els drets històrics.

Igualment, per tot el que s'ha dit abans, entenem que l'esmena 400, que té un abast menor respecte de l'actualització dels drets històrics, és també constitucional, donat que aquesta esmena es refereix només a dos dels àmbits materials ja assenyalats en la disposició addicional primera.

II

1. El Dictamen de la majoria considera inconstitucional l'article 75.3 de la Proposta de Reforma, relatiu al Síndic de Greuges. Tanmateix, cal interpretar l'apartat tercer amb el primer del mateix precepte. Així, afirmen:

"1. El Síndic de Greuges té la funció de protegir i defensar els drets i les llibertats reconeguts per la Constitució i aquest Estatut. Amb aquesta finalitat supervisa l'activitat de l'Administració de la Generalitat i la de l'Administració local de Catalunya, i també la dels organismes públics o privats vinculats o que en depenen. També pot estendre la seva actuació de protecció i defensa dels drets

dels ciutadans a l'Administració de l'Estat a Catalunya, en els termes que estableixin els acords de cooperació amb el Defensor del Poble.”

[...]

“3. El Síndic de Greuges vetlla amb caràcter exclusiu pels drets i les llibertats a què fa referència l'apartat 1 respecte a les institucions i les empreses privades que gestionen serveis públics, duen a terme activitats d'interès general o universal o activitats equivalents de forma concertada o indirecta, i també respecte a les altres persones amb un vincle contractual amb les administracions públiques.”

L'article 54 de la Constitució, per la seva banda, estableix que:

“Una llei orgànica regularà la institució del Defensor del Poble, com a alt comissionat de les Corts Generals, designat per aquestes per a defensar els drets compresos en aquest Títol; a aquest efecte podrà supervisar l'activitat de l'administració i donar-ne compte a les Corts Generals”.

De la lectura conjunta dels dos articles, entenem que el mot “exclusiu” en el qual s'hi fixa la majoria no atempta contra l'article 54 CE.

2. El citat precepte de la Constitució no pot ser interpretat de forma aïllada sinó d'acord amb la resta de preceptes i principis constitucionals, en una obligada interpretació sistemàtica de la CE.

En conseqüència, s'ha de tenir en compte respecte d'aquesta qüestió el principi d'autonomia reconegut en l'article 2 CE i el seu desenvolupament.

L'Estat de les autonomies es basa en el principi dispositiu, de manera que en el moment d'aprovar-se la Constitució es desconeixia, a nivell juridico-formal, quines i quantes comunitats autònomes acabarien conformant-lo. És per això que quan el constituent en l'article 54 CE preveu un alt comissionat de les Corts Generals, ho

fa sense cenyir-ho a una administració determinada. Ara bé, el desenvolupament posterior del títol VIII CE, la creació de les comunitats autònomes i la regulació de les seves institucions d'autogovern obliga a interpretar necessàriament la dita previsió general d'acord amb aquesta nova realitat. Un cas semblant es pot aportar amb relació a l'article 107 de la Constitució, que remet a una llei orgànica la regulació del Consell d'Estat com a òrgan consultiu del govern. Sobre aquest exemple hi tornarem després.

Si Catalunya té competència exclusiva per a desenvolupar les seves institucions d'autogovern i en el seu Estatut es regula una institució com el Síndic de Greuges, sembla clar que l'articulació competencial entre el Defensor del Poble i el Síndic de Greuges, ha d'estar presidida pel principi autonòmic, com succeeix de forma anàloga amb altres institucions autonòmiques.

El Dictamen de la majoria considera que l'article 54 de la Constitució atribueix a la Institució del Defensor del Poble la funció general de defensa dels drets reconeguts en el títol primer de la Constitució davant "de l'actuació de qualsevol administració". Ara bé, entenem que la Constitució no s'està referint a "qualsevol administració" sinó que, d'acord amb el principi d'autonomia, necessàriament ha de quedar exclosa aquella administració autonòmica on existeix una institució d'*ombudsman* per a exercir una funció idèntica a la regulada per l'article 54 CE. En definitiva, la interpretació de l'article 54 d'acord amb el principi d'autonomia i la competència exclusiva de la Generalitat de Catalunya en matèria d'institucions d'autogovern determina que, si existeix un *ombudsman* autonòmic, aquest ha de tenir el control exclusiu de l'administració autonòmica, depenent del seu Govern.

D'altra banda, la interpretació extensiva que fa la Llei orgànica 3/1981, del Defensor del poble, de la competència d'aquesta institució no pot ser obstacle perquè l'Estatut d'autonomia de Catalunya, llei orgànica de caràcter especial, reguli, d'acord amb la competència exclusiva de la Generalitat en matèria

institucional i d'acord amb la Constitució, l'estatut i funcions del Síndic de Greuges.

3. Un dels elements específics que defineixen la institució de l'*ombudsman* és la seva relació amb el Parlament. D'aquesta forma, l'article 54 es refereix al Defensor del Poble com a "alt comissionat de les Corts Generals", "designat per aquestes" i que supervisa l'Administració "donant-ne compte a les Corts Generals".

De la mateixa manera, el Síndic de Greuges és un comissionat del Parlament de Catalunya i a ell li correspon la funció d'informar a la Cambra catalana de l'actuació de l'administració a partir de la seva tasca de control i de defensa de drets. Si el Defensor del Poble és qui ha de donar compte a les Corts Generals de l'actuació de l'Administració de la Generalitat, es malmet un dels elements fonamentals per a l'eficàcia de la institució de l'*ombudsman*: la denúncia i la informació que fa davant la Cambra que controla al Govern que dirigeix l'Administració, i així el Parlament pugui actuar en conseqüència.

En definitiva, una concurrència de control de l'*ombudsman* estatal i autonòmic per controlar l'administració autonòmica, provocaria una situació anòmala en un Estat descentralitzat, comportaria una confusió derivada de la duplicitat d'actuacions, i una consegüent inseguretats jurídica tant entre la funció pública responsable dels serveis com entre la ciutadania.

Val a dir que, en d'altres estats compostos, on coexisteixen institucions d'*ombudsman* a nivell federal o estatal, amb les d'àmbit regional, la seva articulació competencial està regulada en els termes d'exclusivitat que propugna la Proposta de Reforma en el seu article 75.

Finalment, tornant a l'exemple del Consell d'Estat, el Tribunal Constitucional va tenir ocasió de pronunciar-se sobre la relació i la distribució de funcions entre els

òrgans consultius autonòmics i el Consell d'Estad. En aquesta resolució, la Sentència 204/1992, 26 de novembre (FJ 5), el Tribunal va declarar:

"[...] si una Comunidad Autónoma, en virtud de su potestad de autoorganización (148.1.1 CE), crea un órgano superior consultivo semejante, no cabe duda de que puede dotarlo, en relación con las actuaciones del Gobierno y la Administración autonómica, de las mismas facultades que la LOCE atribuye al Consejo de Estado, salvo que el Estatuto de Autonomía establezca otra cosa.

[...]

Además habría que añadir que sería muy probablemente innecesario y, sin duda, gravoso y dilatorio que en un mismo procedimiento debiera recabarse sucesivamente dictamen de un órgano superior consultivo autonómico de características parecidas al Consejo de Estado y del propio Consejo de Estado, con desprecio de los principios de eficacia administrativa (art. 103.1 CE) y eficiencia y economía del gasto público (art. 31.2 CE).

[...]

En consecuencia, y por lo que aquí respecta, *no sólo hay que reconocer las competencias de las Comunidades Autónomas para crear, en virtud de sus potestades de autoorganización, órganos consultivos propios de las mismas características y con idénticas o semejantes funciones a las del Consejo de Estado, sino, por la misma razón, estimar posible constitucionalmente la sustitución del informe preceptivo de este último por el de un órgano superior consultivo autonómico, en relación al ejercicio de las competencias de la respectiva Comunidad, en tanto que especialidad derivada de su organización propia.*

Pero, si es preciso reconocer esa posibilidad de sustitución, también es necesario afirmar que *en donde o en tanto semejantes órganos consultivos autonómicos, dotados de las características de organización y funcionamiento que aseguren su independencia, objetividad y rigurosa*

qualificación técnica, *no existan*, es decir, en aquellas Comunidades Autónomas que no cuenten con esta especialidad derivada de su organización propia, *las garantías procedimentales mencionadas exigen mantener la intervención preceptiva del Consejo de Estado, en tanto que órgano al servicio de la concepción global del Estado que la Constitución establece*" (la cursiva és nostra).

La cita ha estat llarga, però és força explicativa d'una situació molt semblant a la que estem examinant, per la qual cosa ens ha semblat molt oportuna de transcriure. El Tribunal, doncs, ha acceptat i avalat el que és pràctica comuna en altres estats compostos.

4. Conseqüentment, entenem que la regulació de la institució del Síndic de Greuges a l'article 75 de la Proposta de Reforma no ofereix dubtes de constitucionalitat. Pels arguments fins ara exposats i pels que es contenen en les consideracions prèvies, resulta imprescindible mantenir l'exclusivitat en l'actuació del Síndic de Greuges tot i entendre que cal matisar la projecció a institucions (públiques i privades) i les empreses de caràcter privat, atès que el Síndic de Greuges no és òbviament competent per a controlar l'Administració estatal, en funció del que hem exposat i perquè contrasta amb l'article 54 CE.

La redacció certament ambivalent i un pèl confusa del precepte analitzat, possiblement milloraria si s'aclarís que el Síndic de Greuges controla l'Administració de la Generalitat i local amb caràcter exclusiu –sens perjudici de l'existència de defensors locals de la ciutadania-, i sobre les entitats privades que presten serveis públics o d'interès general a les quals es refereix l'actual redactat de l'apartat 3 de l'article 75 de la Proposta de Reforma. Tot això permetria rectificar que el control del Síndic de Greuges abasta l'Administració autonòmica i, en cap cas, l'Administració estatal.

Un altre exemple aclaridor el trobem si recorrem a la institució del Defensor del Poble Europeu (art. 195.1 del Tractat constitutiu de la Comunitat Europea). Aquest té limitada la seva actuació a les institucions europees i no a les dels estats membres, a les dels ens subcentrals d'aquests, o a les de les entitats locals.

Tanmateix, per les raons exposades i sens perjudici de les modulacions en la redacció del precepte que hem suggerit, els sotasignats entenem que l'apartat 3 de l'article 75 de la Proposta de Reforma és constitucional.

III

A continuació exposarem el nostre punt de vista sobre el Fonament VII (punts 5, 6 i 20), relatiu a dues competències específiques, concretament a la de l'ensenyament i a la del medi ambient, articles 125.1 i 161.1 de la Proposta de Reforma, respectivament.

A) Art. 125 (educació).

1. Respecte de l'educació, l'article 125.1 de la Proposta de Reforma determina que correspon a la Generalitat la competència exclusiva en aquest àmbit, cosa que no comparteix la majoria i que ha estat objecte d'un motiu d'inconstitucionalitat.

En la nostra opinió, en canvi, considerem que no tot l'àmbit educatiu està afectat pels articles 27 i 149.1.30 CE i, per tant, es poden preservar submatèries educatives sota el règim de l'exclusivitat per part de la Generalitat, en comptes de considerar tota la matèria com a compartida, com observa la majoria del Consell.

En aquest sentit, farem primer unes consideracions preliminars que justifiquen l'existència d'una competència exclusiva en l'àmbit educatiu i després detallarem en quins subàmbits es pot projectar la susdita competència exclusiva.

2. L'article 15 EAC qualificava la competència sobre ensenyament com a plena i el mateix precepte s'autolimitava. Així, amb una fórmula tècnicament inadequada, el precepte del vigent Estatut d'autonomia recull les competències de la Generalitat "sens perjudici d'allò que disposen l'article 27 de la Constitució i Lleis Orgàniques que, conforme a l'apartat primer de l'article 81 d'aquella, el desenvolupin, de les facultats que atribueix a l'Estat el número 30 de l'apartat 1 de l'article 149 de la Constitució, i de l'alta inspecció necessària per al seu compliment i garantia". D'aquesta manera, inicialment les competències autonòmiques es vinculaven a la delimitació competencial operada pel legislador orgànic estatal en cada moment, cosa que, en part, ha comportat l'afebliment d'una competència plena i que podria resoldre una dicció diferent.

El legislador estatal, per la seva banda, ha tractat de configurar un determinat model educatiu, mitjançant el dictat de lleis orgàniques que han introduït una regulació quasi completa en la matèria a través d'una successió de lleis: la Llei orgànica 5/1980, de 19 de juliol, per la qual es regula l'estatut dels centres escolars (LOECE), avui derogada; la Llei orgànica 8/1985, de 3 de juliol, reguladora del dret a l'educació (LODE); la Llei orgànica 1/1990, de 3 d'octubre, d'ordenació general del sistema educatiu; la Llei orgànica 9/1995, de 20 de novembre, de la participació, l'avaluació i el govern dels centres docents; i, finalment, la Llei orgànica 10/2002, de 23 de desembre, de qualitat de l'educació, que deroga parcialment les tres anteriors. Amb tot, cal tenir molt en compte que aquesta regulació fou dictada majoritàriament en un context on la major part de comunitats autònomes no havien assumit competències en el terreny educatiu i l'Estat n'establia la regulació completa, ja que havia de valer per a territoris sense competències educatives.

La jurisprudència constitucional ha estat molt lligada a casos concrets relatius al desplegament orgànic estatal i, en general, com és usual, ha abonat la conservació de les normes en detriment de les impugnacions originades en seu autonòmica.

El dret comparat ens mostra com el tema de la distribució de competències en la matèria educativa no es pot observar com una qüestió estàtica, sinó que cada país cerca la via millor d'articulació de les relacions competencials entre els estats centrals i els ens autònoms o "federats". Els casos d'altres estats políticament descentralitzats com Alemanya o Bèlgica permeten veure que les solucions adoptades en l'àmbit educatiu poden variar considerablement al llarg del temps, la qual cosa possibilita també que, jurídicament, s'afirmin coses diferents en diferents moments d'aquesta evolució. Per tant, no es pot partir de la idea que la situació present reflecteixi l'únic equilibri possible entre les competències estatals i les autonòmiques en el marc constitucional.

La Constitució prefigura les competències educatives a l'article 149.1.30, el qual fa referència, entre les competències de l'Estat, a "la regulació de les condicions d'obtenció, expedició i homologació de títols acadèmics i professionals i normes bàsiques per al desenvolupament de l'article 27 de la Constitució, a fi de garantir el compliment de les obligacions dels poders públics en aquesta matèria." Aquest precepte admet diverses possibilitats interpretatives. En tot cas, però, es poden distingir dues atribucions competencials diferenciades en què la intensitat de la funció normativa prevista pressuposa l'existència de dos àmbits materials, tot i que no perfectament diferenciats: una, relativa a les condicions d'expedició i homologació dels títols acadèmics i professionals, on la competència funcional es defineix com a "regulació" -terme que no exclou l'assumpció de certes potestats normatives per les comunitats autònomes-; l'altra, pel que fa al "desenvolupament de l'article 27, a fi de garantir les obligacions dels poders públics en aquesta matèria", que se circumscriu funcionalment a les "normes bàsiques". Entre aquests dos àmbits materials es pot reconèixer una zona de

confluència que afecta, fonamentalment, la matèria relativa a les "condicions d'obtenció dels títols acadèmics i professionals", en la qual la "regulació" estatal tampoc no abasta necessàriament tota la legislació.

La voluntat del constituent va ser la de circumscriure les atribucions estatals per tal de garantir un espai propi de les polítiques educatives autonòmiques i eliminar la referència republicana a un sistema dual d'escoles. En aquest sentit, són aclaridores les paraules del representant d'UCD, senyor Llorens Bages, que va dir que "se hace referencia, fundamentalmente, a que haya un cierto equiparamiento general, cierta analogía en la obtención de los distintos títulos profesionales y académicos", però no una "regulación estatal y absoluta de los planes de estudio". En aquest sentit, els conceptes de l'article 149.1.30 CE tenen una significació pacífica en els debats: "expedició" s'entén referida al fet material de l'expedició, és a dir, la determinació de la forma i contingut dels títols, el procediment d'expedició, el registre, etc. Pel que fa a l'"homologació", resta referida al reconeixement oficial i denominació dels estudis acadèmics i professionals. És a dir, pretén garantir que els mateixos estudis rebin la mateixa denominació i que la menció a un títol concret en qualsevol part de l'Estat suposi una capacició equivalent. I la clàusula "condicions d'obtenció de títols" resta referida a la determinació dels continguts comuns a tots els programes d'ensenyança. A més, l'article 27 CE, en referir-se diverses vegades als poders públics, significava, a parer dels que hi van intervenir, una crida a les comunitats autònomes i no solament a l'Estat. Per tant, seria totalment contrària a la *voluntas legislatoris*, expressada en els debats constituents, i a la lògica de la distribució competencial en aquesta matèria, una lectura del precepte que conduís a identificar l'abast material de les competències estatals amb tota l'esfera d'intervenció pública en l'àmbit educatiu.

Des d'altres perspectives interpretatives, el resultat al qual arribem no és diferent. Així, d'acord amb un criteri sistemàtic, l'article 149.1.30 CE es relaciona directament amb l'article 27 CE, tot i que l'expressa voluntat constituent va ser la

de separar ambdós preceptes, en el sentit de no tractar en l'article 27, ubicat en el títol relatiu als drets i deures fonamentals, el tema competencial. Aquesta voluntat es va posar de manifest en el rebuig sistemàtic de totes les esmenes que pretenien matisar o concretar en algun apartat, en favor de l'Estat, la referència genèrica als "poders públics". Aquesta referència s'ha d'entendre referida, doncs, tant a la instància estatal com a les autonòmiques. Tots els poders han de garantir el compliment de les obligacions constitucionals en la matèria. En aquest mateix sentit, la STC 137/1986, de 6 de novembre, demana que la relació entre la normativa bàsica de l'article 149.1.30 i l'article 27 CE ha de ser estreta i directa. I també, que l'abast d'aquesta competència estatal no sigui coincident amb el de les normes de "desenvolupament" dels drets fonamentals de l'article 81.1 CE, de manera que la llei orgànica no és un títol competencial de l'Estat (FJ 3.A.b). D'aquesta manera, l'Estat no pot legislar sobre qualsevol aspecte de l'ensenyament sinó estrictament sobre aquells que es refereixin als títols acadèmics i al desenvolupament del dret a l'educació i la llibertat d'ensenyament i les seves diferents manifestacions constitucionals (STC 77/1985, de 27 de juny). Altrament, estaríem davant d'un inexistent i nou títol competencial estatal que respondria al nom de l'ordenació general del sistema educatiu.

La jurisprudència constitucional ha assenyalat, tot justificant la intervenció autonòmica, que aquesta no afectava "el desarrollo o las condiciones básicas del derecho a la educación ni de ningún otro derecho fundamental" (STC 5/1981, de 13 de febrer). Igualment, també ha precisat que l'enunciat de l'article 149.1.30 CE "impone al intérprete considerar que, respecto de las Comunidades que ostentan competencias en su virtud, las instituciones generales del Estado no retienen, como competencia exclusiva, la normación de todo aquello que, en lo relativo al artículo 27 de la Constitución, pueda considerarse 'desarrollo' (art. 81.1) de los derechos fundamentales allí reconocidos", de manera que l'Estat només podria fer el desenvolupament directe d'aquells drets (STC 137/1986, de 6 de novembre, FJ 3). Així mateix, en altres sentències s'afirma la dimensió prestacional del dret, cosa que exigeix la implicació dels poders públics (STC

86/1985, de 10 de juliol, FJ 3), particularment els autonòmics, específicament en relació amb l'article 27.5 i 27.9 CE.

Consegüentment, en relació amb aquests aspectes d'ordenació, planificació o organització en l'àmbit de l'ensenyament, és possible i necessari delimitar subsectors si es vol projectar la competència exclusiva de la Generalitat en matèria d'ensenyament, com fa la Proposta de Reforma. La definició de submatèries dins la competència exclusiva permet limitar l'expansivitat de les bases estatals en la matèria educativa. Tanmateix, és necessari admetre que l'exclusivitat de l'atribució competencial a la Generalitat no pot abastar tot el sector educatiu, ja que haurà de respectar les competències estatals sobre títols acadèmics i professionals i les normes bàsiques de desplegament del dret a l'educació i la llibertat d'ensenyament. En canvi, la menció de l'article 149.1.1 CE ha de ser totalment residual en la matèria d'ensenyament, com deia el Dictamen d'aquest Consell núm. 234, de 10 de febrer de 2003, que recollia la Sentència del Tribunal Constitucional 137/1986.

3. Centrant ara la nostra anàlisi en l'article 125 de la Proposta de Reforma, a partir de les consideracions anteriors, entenem que les limitacions constitucionals a la competència de la Generalitat en matèria educativa es resolen mitjançant el segon i tercer apartat d'aquest article. Així, es preveu una competència executiva en el paràgraf tercer amb relació a les condicions d'expedició i homologació de títols (art. 149.1.30 CE), mentre que la competència es proposa com a compartida, en el paràgraf segon, pel que fa a l'obtenció d'aquests i amb relació a les normes bàsiques per al desenvolupament directe dels drets de l'article 27 CE. Això permet diferenciar unes submatèries, no incloses en els supòsits anteriors, que podrien tenir, en tant que no hi siguin subsumibles, la consideració de competència exclusiva, cosa que es preveu en l'article 125.1 de la Proposta.

Segons el nostre parer, l'ensenyament comprèn tres fases: l'accés al mateix, la transmissió de coneixements i l'acreditació a través d'un títol. La primera i tercera

fase són principalment de caràcter estatal, mentre que la intermèdia és la que correspon a grans trets a l'àmbit autonòmic. A partir d'aquest esquema, que se suporta en les previsions constitucionals, farem l'examen de l'article 125.1 de la Proposta, considerat inconstitucional per la majoria en alguns dels seus apartats o incisos d'aquests. En aquest sentit, els qui subscriuim aquest vot particular entenem que l'abast de la constitucionalitat és més ampli que el que ha assenyalat la majoria.

Així, cal estudiar aquells subapartats de l'article 125 en els quals no hi ha una coincidència amb la majoria.

Concretament, l'enunciat de l'article 125.1, subdividit en distintes lletres, diu:

"1. Correspon a la Generalitat, en matèria d'ensenyament no universitari, la competència exclusiva, que comprèn tots els nivells, etapes, cicles, graus, modalitats, especialitats i àmbits educatius. Aquesta competència inclou en tot cas:"

La lletra *b* es refereix a:

"b) La programació general de l'ensenyament [...] al seu territori [...]".

L'article 27.5 CE encomana als poders públics la garantia del dret a l'educació "mitjançant una programació general de l'ensenyament, amb la participació efectiva de tots els sectors afectats i la creació de centres docents". La primera part de l'apartat 1.*b* al·ludeix al vessant directament prestacional del dret a l'educació, que es tradueix en la fixació d'objectius i la posada a disposició i organització dels mitjans i recursos necessaris per dur a terme la prestació educativa i els serveis escolars complementaris. Una actuació característica d'aquest àmbit és la programació de les places escolars en les diferents parts del territori. Els títols competencials de

l'Estat en la matèria educativa no poden oposar-se a l'assumpció de competències exclusives per part de la Generalitat en aquest àmbit. L'Estat pot dur a terme també una programació general de l'ensenyament, però el contingut i l'abast d'aquesta serà divers, atès que s'ha de referir a les competències estatals (titulacions, elaboració de disposicions generals, etc.). Per tant, es configura com una actuació externa a la de la Generalitat, sens perjudici de la necessitat d'articular fórmules de col·laboració i concertació, especialment ateses les repercussions financeres d'algunes decisions. Conseqüentment, l'adjectiu "general" inclòs en l'apartat examinat no planteja dubtes de constitucionalitat, atès que l'article 27.5 CE s'utilitza en referència als poders públics indistintament, i en aquest cas caldrà circumscriure-la al territori de Catalunya.

La lletra c diu:

"c) La regulació dels requisits i de les condicions mínimes dels centres docents i educatius; [...] el règim de llur professorat, i el règim d'autorització dels centres docents privats."

La regulació dels requisits que han de complir els centres docents, en la mesura que afecta l'organització de la prestació del servei educatiu, es pot reservar a la competència autonòmica. Tanmateix, se suscita un dubte de constitucionalitat respecte de l'adjectiu "mínimes", perquè sembla fonamentada l'apreciació que almenys alguns dels requisits i condicions que es configuren amb aquest caràcter podrien constituir al mateix temps un pressupòsit essencial del dret a l'educació. Aquesta connexió amb el dret a l'educació no habilitaria, però, l'Estat per fer una regulació detallada de les condicions o requisits que han de tenir els centres. Tanmateix, la Generalitat no pot regular els requisits i les condicions "mínimes" dels centres docents i educatius, per molt que sigui l'ens titular de la competència d'ordenació del sector de l'ensenyament i responsable directe de la garantia de la qualitat del servei educatiu. En conseqüència, no pot ser entesa com a competència exclusiva, sinó compartida i passar a l'apartat 2 de

l'article 125 que estem analitzant, opinió que sembla compartir la majoria, ja que no s'ha prodigat en aquest tema.

La resta d'incisos no presenten dubtes de constitucionalitat amb les matisacions que es faran. La majoria tampoc no considera inconstitucional que la capacitat de creació de centres docents sigui objecte de competència exclusiva de la Generalitat, emmarcada dins la potestat més àmplia de programació de l'ensenyament. Aquest règim pot abastar la transformació, ampliació, classificació i supressió de centres docents.

Respecte del règim del professorat dels centres públics -sobre el qual la majoria es pronuncia per la inconstitucionalitat-, entenem que aquesta expressió ha de ser interpretada sistemàticament dins del conjunt de l'apartat primer de l'article 125, de tal forma que aquesta atribució no faria referència a l'estatut funcional del professorat, inclòs dins la lletra *g*, sinó a qüestions distintes, bàsicament vinculades a la posició i funcions del professorat dins dels centres educatius o al règim de les seves activitats. Per consegüent, la regulació d'aquests aspectes no s'inclou sota la competència de l'article 149.1.18 CE, ni dins de l'article 114 de la Proposta de Reforma, de manera que pot quedar inclosa com un aspecte de la competència exclusiva de la Generalitat en el marc de l'ordenació del sector de l'ensenyament.

Finalment, la competència sobre el règim d'autorització dels centres docents privats també es pot vincular a la competència exclusiva de la Generalitat sobre l'ordenació del servei educatiu. Malgrat això, cal reiterar la cautela formulada a l'inici d'aquest apartat 1.c, en el sentit que la fixació del règim d'autorització per la Generalitat, al qual s'ha d'ajustar la tramitació i resolució de les sol·licituds d'obertura i funcionament dels centres privats i les modificacions de les autoritzacions lliurades, ha de respectar certes condicions "mínimes" d'aquests centres imposades com a requisits de caràcter bàsic per la legislació estatal, per

la qual cosa s'hauria de preveure la seva consideració com a competència compartida.

La lletra *d* fa referència a:

“d) L'establiment i l'ordenació dels ensenyaments [...]”.

En aquesta lletra *d* hi ha tres conceptes, però només ens dedicarem al primer, que és el que presenta dubtes per a la majoria, dedicat a l'establiment i l'ordenació dels ensenyaments. Aquesta submatèria presenta una formulació molt àmplia o oberta, la qual cosa fa necessària una precisió ulterior del seu abast. L'apartat segon del mateix article 125 proporciona un primer criteri delimitador, en recollir el règim de competència compartida en la matèria relativa a l'establiment dels plans d'estudis i la corresponent ordenació curricular. Conseqüentment, hem d'interpretar que aquest apartat no inclou aquells aspectes subjectes a la competència estatal sobre la regulació de les condicions d'obtenció dels títols (art. 149.1.30 CE), que abasta l'estructuració del sistema educatiu en diferents nivells, cicles i cursos en els quals s'ordenen els estudis conduents als títols oficials i la fixació dels “ensenyaments mínims”. Per tant, el contingut de la competència exclusiva d'aquest apartat 1.*d* ha de ser distint de l'anterior, ja que contràriament seria inconstitucional per vulnerar competències reservades a l'Estat, com creiem que és el parer de la majoria. Tanmateix, aquest incís admet una interpretació al marge de les atribucions que l'article 149.1.30 CE confereix a l'Estat, la qual es pot projectar en un doble sentit: externament, pel que fa a l'“establiment” dels ensenyaments, sobre l'oferta d'ensenyaments, com un aspecte directament relacionat amb la programació educativa i que, sense vulnerar les competències estatals, pot abastar la regulació i execució de totes les mesures relatives a les etapes educatives pre-obligatòries i als ensenyaments que no condueixin a l'obtenció d'un títol estatal (formació d'adults, organització d'ensenyaments en règim no presencial, programes d'inclusió escolar de menors immigrants, etc.), així com la creació i regulació dels títols corresponents i les

condicions d'expedició i homologació d'aquests títols. En un segon sentit, d'"ordenació" interna dels ensenyaments, la competència exclusiva de la Generalitat es pot projectar sobre els aspectes relatius a: els criteris d'avaluació, qüestions metodològiques, regulació de drets i deures dels alumnes i pares, regulació de l'orientació escolar i professional dels alumnes, regulació de serveis i activitats extraescolars i complementàries, etc.

El segon -sobre la regulació, organització i exercici de la inspecció i l'avaluació general del sistema educatiu- és considerat constitucional per la majoria. Al nostre parer, la raó de la seva constitucionalitat és, pel que fa a la inspecció, el fet que la Sentència del Tribunal Constitucional 6/1982, de 22 de febrer, ja va reservar les facultats inspectores en l'àmbit educatiu a les comunitats autònomes. En la mesura que es tracta d'una funció atribuïda als "poders públics" per l'article 27.8 CE, la Generalitat pot assumir amb caràcter exclusiu les facultats inspectores relatives a les matèries de la seva competència quant a l'ordenació del sector docent. És també legítim constitucionalment que aquesta assumpció inclogui les potestats normatives corresponents, quant a l'organització de l'activitat inspectora i la seva adequació als diferents nivells educatius. Respecte de les tècniques d'avaluació, aquestes permeten reconèixer una capacitat d'incidència clara en l'ordenació del sector educatiu. Estrictament, es tracta d'una activitat executiva i, en conseqüència, l'atribució exclusiva a la Generalitat de funcions avaluadores amb relació a les seves competències d'ordenació del sector educatiu no planteja cap dubte de constitucionalitat. Malgrat això, l'exclusivitat amb què es configura aquesta atribució no impedeix que l'Estat pugui impulsar avaluacions en l'esfera de les seves competències. En conseqüència, per evitar el solapament que acostuma a produir-se en l'exercici de funcions avaluadores, convindria l'establiment de mecanismes de cooperació.

Finalment, la innovació i recerca i garantia de la qualitat del sistema educatiu tampoc no és qüestionada per la majoria. Aquestes activitats es relacionen directament amb els dos que precedeixen. Com s'ha assenyalat respecte de l'avaluació, admeten ésser configurades com a competències exclusives referides a les competències pròpies de la Generalitat en l'ordenació del sector educatiu.

La lletra *h* invoca:

“h) L'establiment i la regulació dels criteris i dels procediments d'admissió i escolarització d'alumnat als centres docents.”

Aquest subapartat es refereix a una matèria relativa a l'organització de la prestació del servei educatiu, estretament relacionada amb la programació examinada abans. Aquesta conclusió s'extreu també de la comparació amb la competència compartida recollida a l'apartat 2.b, pel que fa a l'accés a l'educació, que per la seva afectació essencial al dret a l'educació pot ser objecte d'una regulació bàsica per l'Estat ex article 149.1.30 CE. En canvi, la fixació de criteris ordenadors de l'admissió de l'alumnat pels centres i la regulació dels corresponents procediments administratius es poden emmarcar en l'àmbit de la competència exclusiva de la Generalitat per a l'ordenació de l'ensenyament, sense que estigui justificada constitucionalment una intervenció normativa estatal.

En conclusió, llevat de les consideracions que es fan en aquest vot particular i les que són coincidents amb les de la majoria, que s'expressen en el Dictamen (Fonament VII.5), hi ha un àmbit format per algunes submatèries educatives que pot qualificar-se de competència exclusiva de la Generalitat i que és conforme amb la Constitució. D'aquesta manera, si hi ha alguna indicació en sentit contrari, caldrà entendre que es tracta d'una competència compartida i s'haurien de reubicar a l'apartat segon de l'article 125 de la Proposta de Reforma.

B) Esmena 228.

L'esmena 228 pretén garantir un nivell d'autogovern semblant al de l'article 125 de la Proposta de Reforma, tot i que amb una distribució i expressions diferents. Per tant, aquesta esmena, d'acord amb allò que hem afirmat abans, ha de considerar-se també constitucional, en contra del parer majoritari exposat en el Dictamen del qual hem de discrepar. Àdhuc, s'ha de precisar que almenys els tres primers paràgrafs de la lletra *b* de l'apartat 1 de l'esmena 228, en coherència amb allò que la majoria ha dit en el punt 5 del Fonament VII, haurien d'haver-se considerat constitucionals per la pròpia majoria, ja que tracten aspectes així considerats en relació amb l'article 125.1.*b* i *c* de la Proposta. Els altres paràgrafs són subsumibles en el redactat de l'article perquè relacionen potestats que ja són a l'article 125. A més, cal advertir de la referència errònia de la lletra *c* a un article 6.2.1, quan hauria de ser a l'article 114 de la Proposta. L'esmena, pel que fa a aquesta qüestió, també hauria d'haver estat interpretada com a constitucional per la majoria, atès que aquesta ha considerat compatible amb la Constitució la lletra *g* de l'article 125.1, si s'entenia sistemàticament amb l'article 114 citat, com s'ha fet, en relació amb l'article 157.3 (Fonament VII.15). Finalment, i aquesta és l'excepció que avançàvem abans, coincidim amb la majoria a considerar inconstitucional l'esmena 228 punt dos, perquè no pot ser una competència compartida, sinó executiva.

C) Esmena 227 en relació amb la 197.

Per acabar, un apunt respecte de l'esmena 227 que remet, per error, a l'article 10.5, que ha de ser, en canvi, l'article 105 de la Proposta de Reforma. Aquest error material no és evidentment una imputació d'inconstitucionalitat, però cal advertir que l'acceptació d'aquesta esmena i de la proposada pel mateix grup en relació amb l'article 105 (esmena 197) comportaria la supressió de les competències educatives de la Generalitat.

D) 161.2 (medi ambient).

El Dictamen de la majoria assenyala amb encert que la distribució de competències entre l'Estat i les comunitats autònomes en matèria de medi ambient és particularment imbricada, per mor del caràcter intersectorial o transversal de la matèria. En efecte, la legislació bàsica de l'Estat compleix, d'acord amb la jurisprudència del Tribunal Constitucional, una funció no tant d'uniformitat relativa sinó, més aviat, d'ordenació d'uns mínims que cal respectar però que habiliten a cada Comunitat Autònoma a establir diferents límits en els nivells de protecció del medi ambient, de forma semblant al que efectua la Unió Europea respecte dels estats membres.

Tanmateix, el Dictamen entén que l'article 161.2 de la Proposta de Reforma, en la seva redacció, guarda una certa incoherència amb l'apartat tercer del mateix precepte, i que aquesta desapareixeria amb la supressió de l'incís "totalment o parcialment". Per això, propugna -en parlar dels espais naturals que ultrapassen el territori de Catalunya- que aquests estan correctament regulats en l'esmentat apartat tercer, i la seva inclusió a l'apartat segon que estem comentant, té difícil encaix constitucional llevat que se suprimeixi l'esmentada expressió "totalment o parcialment".

Malgrat que la discrepància no hauria de ser essencial, volem manifestar que, al nostre parer, el Dictamen de la majoria no ha tingut en compte l'article 111 de la Proposta de Reforma, en el seu apartat segon.

Aquest precepte s'inclou al capítol I del títol IV de la Proposta de Reforma, que regula la tipologia general de les competències. Això fa que, en una interpretació sistemàtica del text del legislador català, el contingut de l'article 111 calgui projectar-lo als diferents àmbits competencials en els quals la Generalitat estén les competències a un abast territorial superior al de Catalunya. Sobretot quan diu expressament l'article 111.2 "sens perjudici del que estableix aquest estatut en cada matèria".

En efecte, l'article 111 apartat 2 estableix que, en el supòsit de competències que tinguin un abast superior al del territori de Catalunya, la Generalitat exercirà les seves competències amb tota plenitud sobre la part de l'àmbit material competencial situat en el seu territori. En canvi, "en els supòsits en què la fragmentació de l'activitat pública sigui inviable, la Generalitat ha d'establir, d'acord amb els ens territorials amb competència sobre la matèria afectada, els instruments de col·laboració necessaris per a l'exercici de les competències en el territori respectiu".

Queda clar, doncs, que pel que fa a l'exercici de les competències que superin el seu territori, només per via dels "instruments de col·laboració necessaris" podrà ser viable l'exercici de les competències extraterritorials.

Finalment, el precepte que comentem regula el supòsit del fet que no hagi estat possible trobar aquests mecanismes de col·laboració, i n'estableix el desllorigador. Llavors atribueix a l'Estat "amb acord de la Comissió Bilateral Estat-Generalitat" la facultat d'establir els mecanismes de coordinació per fer viable l'exercici de les esmentades competències per part de cadascuna de les comunitats autònomes que hi puguin col·lidir.

Entenem que, de la referida interpretació de la Proposta de Reforma, cal extreure'n la prevalença de l'esmentat article 111 i això permet superar la suposada dificultat d'encaix constitucional que, al nostre parer, erròniament imputa la majoria del Dictamen a la inclusió de la frase "totalment o parcialment" en l'article 161.2 *in fine*, segurament per una redacció poc afortunada d'aquest precepte. En conclusió l'article 161.2 és, al nostre parer, constitucional.

En aquest apartat manifestem la nostra discrepància amb l'argumentació i la conclusió del Fonament VIII (punts 3 i 6, en relació amb el punt 2.A), que fa referència a les esmenes 332 i 341.

L'esmena 332, relativa a l'article 180.3 (participació en la formació de les posicions de l'Estat davant de la Unió Europea), diu, en allò que ens interessa, que "La posició expressada per la Generalitat és vinculant per a la formació de la posició estatal quan afecta les seves competències exclusives i determinant en el cas de les compartides". I l'esmena 341 a l'article 184.3 (gestió de fons europeus) afirma: "En cas que els fons europeus no es puguin territorialitzar, [...] la Generalitat ha de participar en els òrgans o en el procediment de distribució. La seva participació té caràcter vinculant per a l'Estat en cas que els fons afectin l'exercici de competències exclusives".

La posició majoritària a fi d'apreciar la inconstitucionalitat de les esmenes remet la seva argumentació corresponent a la sostinguda en el punt 2.A, tot adduint la inconstitucionalitat de la substitució de "determinant" per "vinculant" en el text de la Proposta. Així, segons la majoria, el dubte d'inconstitucionalitat es basa en que la paraula vinculant "imposaria un deure incompatible amb el *ius contrahendi* que correspon a l'Estat i que s'inscriu dins de les competències de què aquest disposa en l'àmbit de les relacions internacionals (art. 149.1.3 CE)". En aquest cas, però, cal remarcar que el Dictamen es pronunciava sobre l'esmena 329 relativa a l'article 179.1. En aquesta esmena es deia que: «El Govern de la Generalitat i el Parlament de Catalunya han de dirigir al Govern de l'Estat i a les Corts Generals les observacions que estimin pertinents a aquest efecte [les iniciatives de revisió dels tractats originaris i fundacionals de la Unió Europea i dels processos de negociació i aprovació subsegüents], que són vinculants en el cas de les competències exclusives.»

Aquest cas, tanmateix, és ben diferent al que ara tractem, ja que si bé en relació a l'esmena 329 no sembla poder-se obviar l'article 149.1.3 CE, en les esmenes que ara considerem no es posa en qüestió la facultat estatal de comprometre's internacionalment mitjançant tractats, sinó que estem davant de la formació de la posició de l'Estat davant de la Unió (esmena 332) o en una reunió per a distribuir fons (esmena 341). Això és, estem en un moment diferent al de donar el consentiment estatal en una organització comunitària europea, en una fase anterior o posterior (332 i 341, respectivament).

A més es tracta d'uns temes que tenen relació directa amb les competències exclusives de la comunitat autònoma, respecte de les quals l'Estat no pot intervenir, ja que és incompetent.

Sobre la qüestió teòrica que hi ha al darrera, el Tribunal Constitucional ha afirmat moltíssimes vegades que la distribució de competències no resta alterada per l'adhesió a les Comunitats Europees -ara la Unió Europea (per totes, STC 236/1991, de 12 de desembre) i també ha considerat que la dimensió comunitària europea és més aviat una prolongació de l'àmbit estatal (STC 21/1999, de 25 de febrer, FJ 10 *in fine*). D'aquesta manera, la UE no és una dimensió "estrangera", ni les reunions preparatòries o decisòries del Consell Europeu són relacions internacionals "*tout court*". En conseqüència s'hauria d'admetre la constitucionalitat del "vinculant" en aquest cas i, també, en el de l'article 184.3, relativa a fons europeus, on la doctrina del Tribunal també s'ha pronunciat en el sentit que els fons van lligats a la competència substantiva (entre d'altres, STC 79/1992, de 28 de maig, FJ 2).

Per tant, estimem que el mot "vinculant" és constitucional, si bé és cert que cal advertir que es tracta d'una inidònia solució tècnica, ja que podria esdevenir impossible disposar d'una posició estatal, donada la previsible vinculació a més d'una comunitat, si més d'un estatut establís preceptes semblants als de la Proposta de Reforma (cosa que ara no és el cas). En conseqüència, per no fer

impossible trobar una posició estatal caldria cercar una solució de caràcter cooperatiu o multilateral, que, impliqués, en el cas d'acord entre les comunitats autònomes que poden vincular la postura estatal, que l'Estat hagués de defensar la posició comuna. De tota manera, no és l'Estatut la norma més adequada per a proposar una única solució, però, l'Estat, ara com ara, no té títol per oposar-se constitucionalment a la competència exclusiva de les comunitats autònomes. Per a resoldre definitivament el tema caldrà esperar que l'anunciada reforma constitucional abordi aquesta qüestió o que els instruments d'inordinació funcionin adequadament.

En conclusió les esmenes 332 i 341 són constitucionals.

V

L'article 187 de la Proposta de Reforma de l'Estatut preveu que el territori de Catalunya, tot sol o juntament amb els territoris d'altres comunitats autònomes veïnes, sigui una circumscripció per a les eleccions al Parlament Europeu, afegint tot seguit que la Llei orgànica electoral ha de concretar aquesta determinació.

A criteri de la majoria del Consell, aquest precepte seria inconstitucional perquè l'Estatut estaria incidint sobre l'àmbit de la reserva de llei orgànica que estableix l'article 81 de la Constitució, amb relació a l'establiment del règim electoral general. Tanmateix, els que subscriuim aquest vot no compartim aquesta opinió per les raons que exposem a continuació.

En primer lloc, perquè el dret a l'autonomia que els estatuts reconeixen i concreten en compliment de la seva funció constitucional no pot ser considerat avui de manera aïllada del procés d'integració europea, que afecta, òbviament, l'Estat, però també les comunitats autònomes. Aquest és un procés que, com ha tingut ocasió d'assenyalar reiteradament el Tribunal Constitucional, té una projecció "interna" per la pròpia naturalesa i característiques de la Unió Europea; així el Tribunal no ha considerat el comerç intracomunitari europeu com a comerç exterior (STC 21/1999, de 25 de febrer, FJ 10 *in fine*; amb altres paraules també s'ha recollit per altres Sentències com, per citar-ne algunes, STC 100/1991, de 13 de maig, FJ 5; 80/1993, de 8 de març, FJ 3, i STC 313/1994, de 24 de novembre, FJ 2). I una de les seves conseqüències més importants és l'afectació de les competències de la Generalitat, la qual cosa posa en relleu la importància que tenen les polítiques comunitàries sobre el contingut material de l'autogovern de la Generalitat. Aquesta connexió innegable entre el procés europeu i l'autonomia de Catalunya justifica, al nostre parer, que l'Estatut pugui contenir previsions sobre aquest aspecte i, entre elles, una consideració especial de Catalunya en la forma de participació en les eleccions al Parlament Europeu que, en aquest cas, compta també amb l'element afegit que es desprèn de les característiques singulars que presenta la societat catalana. En aquest sentit, l'article 187 de la Proposta de Reforma és tributari de l'article 1 de la mateixa Proposta. Si Catalunya és una nació com proclama la Proposta de Reforma, cosa que ha estat apreciada d'aquesta manera pel Dictamen, no hauria de ser estrany que Catalunya fos una circumscripció a Europa, en tant que l'article primer, primer apartat, del Tractat de la Unió Europea fa referència als pobles d'Europa. Així diu que "El present tractat constitueix una nova etapa en el procés creador d'una unió cada vegada més estreta entre els pobles d'Europa, en la qual les decisions seran preses de la forma més oberta i propera als ciutadans que sigui possible". Aquesta referència és exclusivament als pobles d'Europa i no als Estats, ja que el segon apartat, incís final del mateix article distingeix entre estats membres i pobles quan diu que la Unió tindrà com a missió "organitzar de forma coherent i solidària les relacions entre els Estats membres i entre els seus pobles". En conseqüència, l'article 187

de la Proposta de Reforma recull aquest esperit present a la Proposta de Reforma i al Tractat de la Unió Europea.

En segon lloc, és important destacar que l'article 187 remet, en definitiva, a la Llei orgànica electoral la concreció de la previsió estatutària. Al nostre parer, aquesta fórmula permet conciliar la funció estatutària i l'orgànica, amb el benentès que no es poden fer lectures constitucionals que passin per considerar les lleis orgàniques com a espais de regulació absolutament separats i aïllats de les determinacions que configuren el binomi integrat per la Constitució i els estatuts quan es tracta de desenvolupar el contingut de l'autonomia territorial. Altrament dit, la reserva de llei orgànica de l'article 81 de la Constitució pot tenir condicionants derivats de determinacions estatutàries, si aquestes es produeixen en àmbits relacionats amb l'autonomia territorial, supòsit que es produeix en aquest cas tal com ha quedat exposat.

En conseqüència, la fórmula de compromís que, en definitiva, es dedueix de l'article 187 quan reconeix el principi de participació europea de Catalunya mitjançant la fórmula de circumscripció electoral i remet després a la Llei orgànica electoral la seva concreció final no pot ser considerada contrària a la Constitució.

Barcelona, 3 de setembre de 2005

Vot particular que formulen els consellers senyors Agustí M. Bassols i Parés, i Jaume Camps i Rovira, a l'empara de l'article 50 del Reglament provisional d'organització i funcionament del Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya, al Dictamen núm. 269, emès el dia 1 de setembre de 2005.

Els consellers Agustí M. Bassols i Parés i Jaume Camps i Rovira discrepem respectuosament del Dictamen, pel que fa al parer de la majoria en declarar

inconstitucionals determinats preceptes inclosos en el capítol II, del títol IV de la Proposta de Reforma, que regulen les competències de la Generalitat. Les matèries específiques i els preceptes afectats són concretament: l'article 113.3.a *in fine*, així com l'article 155.1, lletres *b* i *d*; en un segon bloc, l'article 132.10, així com l'article 145.3; i en un tercer apartat, l'article 147.3.

Més enllà de l'àmbit competencial, la discrepància amb la majoria del Dictamen, que formulem en el present vot particular, abasta la temàtica del finançament de la Generalitat i, en concret, l'article 198.2, pel que fa a les expressions "la capacitat normativa" i "la responsabilitat fiscal", així com l'article 200, en la seva frase final, ambdós preceptes de la Proposta de Reforma que, al nostre parer, són totalment constitucionals. A la vegada, la nostra discrepància s'estén a la suposada inconstitucionalitat que el Dictamen atribueix a les esmenes 358, 359, 360, 361, 362, 364, 369 i 371, formulades al títol VI de la Proposta de Reforma.

I

Abordarem en primer lloc els preceptes que, al nostre parer, són perfectament constitucionals i referits, tots, a l'àmbit competencial de la Proposta de Reforma.

1. Pel que fa als articles 113.3.a *in fine*, i 155.1, lletres *b* i *d*, la majoria del Consell ha entès que els dos preceptes citats són inconstitucionals. Discrepem matisadament d'aquesta apreciació per les consideracions que seguidament es formulen.

A fi d'assolir aquest propòsit, ens cal fer unes consideracions prèvies. En primer lloc, cal reconèixer els topalls que es deriven de l'article 149.1.18 CE, segons el qual, l'Estat té competència exclusiva sobre "les bases del règim jurídic de les administracions públiques i del règim estatutari dels seus funcionaris [...]"; el

procediment administratiu comú, sens perjudici de les especialitats derivades de l'organització pròpia de les Comunitats Autònomes [...]; legislació bàsica sobre contractes i concessions administratives i el sistema de responsabilitat de totes les administracions públiques”.

Ara bé, tampoc podem menystenir que el Tribunal Constitucional ha fet sovint una interpretació extensiva de les bases configurades en aquest precepte constitucional, en especial, pel que fa a l'àmbit del règim local. Parlem d'interpretació extensiva perquè l'article 149.1.18 CE no fa una reserva específica de l'àmbit competencial que abasta el règim local i, malgrat això, el Tribunal Constitucional imposa sobre el règim local els paràmetres del precepte, a l'empara del concepte jurídic prou indeterminat “règim jurídic de les administracions públiques”.

Aquest paràmetre interpretatiu del Tribunal Constitucional pot ser objecte de modulació arran de la Proposta de Reforma, que precisa amb més detall que no pas l'EAC vigent les competències de Catalunya en relació amb el règim local. Hem d'apel·lar aquí a la futura modulació de la jurisprudència constitucional que, previsiblement, s'innovarà arran de la modificació d'un dels dos eixos del bloc de constitucionalitat, concretament, l'eix estatutari.

Del que hem dit, cal extreure'n la conseqüència segons la qual no es pot aplicar de forma rígida i automàtica la doctrina vigent del Tribunal Constitucional sobre la matèria que fins ara hem apuntat.

En cas de resultar aprovada per les Corts Generals la Proposta de Reforma, entenem que el primer incís de la lletra *a* de l'article 113.3, relatiu a la competència exclusiva sobre organització i competències en matèria de contractació dels òrgans de les administracions públiques catalanes, esdevindria perfectament constitucional. El segon incís de l'esmentada lletra *a* de l'article 113.3 de la Proposta de Reforma, que propugna la competència exclusiva sobre

les regles d'execució, modificació i extinció dels contractes de l'Administració, ha de tenir, com afirma el Dictamen, una consideració diferenciada, atès que les regles d'execució, modificació i extinció dels contractes de l'Administració disposen d'una més específica protecció de competència bàsica, més enllà de la prevista a l'article 149.1.18 de la Constitució. Per això, també coincidim amb el Dictamen en els dubtes de constitucionalitat relatius a l'esmentat incís.

Però, en canvi, per idèntiques raons a les exposades, no hauria d'oferir dubtes de constitucionalitat la competència exclusiva en matèria de règim local a l'hora de regular:

"b) La determinació de les competències i de les potestats pròpies dels municipis i dels altres ens locals, i també de les funcions públiques d'existència necessària en tots els ens locals de Catalunya.

[...]

d) La determinació dels òrgans de govern dels municipis i dels altres ens locals, i també de les competències, el funcionament i el règim d'adopció d'acords d'aquests òrgans, de les relacions entre ells i d'un estatut especial per als càrrecs locals electes" (art. 155.1.b i d de la Proposta de Reforma).

Per tot el que s'ha exposat, al nostre entendre, el primer incís de la lletra a, de l'apartat 3, de l'article 113 de la Proposta de Reforma és perfectament constitucional, com també ho són les lletres b i d de l'article 155.1 de la Proposta de Reforma.

2. Ens sembla exagerada la inconstitucionalitat que es propugna en el Dictamen de l'apartat 10, de l'article 132 (exigència d'acord previ de la Generalitat per qualsevol modificació funcional, ampliació o modificació del règim econòmic o financer dels elements que integren la xarxa viària de Catalunya amb independència de llur titularitat). Possiblement la redacció del precepte és un pèl rotunda, però sembla, tanmateix, indubtable que "l'acord previ de la Generalitat"

ha de produir-se en una interpretació sistemàtica de la Proposta de Reforma, en els paràmetres de la Comissió bilateral Estat-Generalitat, regulada a l'article 177 de la Proposta de Reforma (resulta difícil obviar la problemàtica de praxi aplicativa que es derivaria, per exemple, d'una eventual homogeneïtzació tarifària en els peatges de les autopistes arran de la diversa titularitat estatal o autonòmica sobre les aquestes).

Reclamem aquesta interpretació sistemàtica del text de la Proposta de Reforma atès que la dita Comissió bilateral constitueix el marc general i permanent de relació entre la Generalitat i l'Estat, als efectes, entre d'altres, de la participació i la col·laboració de la Generalitat en l'exercici de les competències estatals que afectin l'autonomia de Catalunya. L'acord de la Generalitat que preveu l'apartat 10 de l'article 132 no pot tenir altre incardinació que la que es deriva de la concreta funció d'adoptar acords per part de la Comissió bilateral, segons es fixa a l'apartat 2 del repetit article 177. Al nostre entendre, aquest precepte gaudeix de lògica prevalença aplicativa en l'"àmbit bilateral" que és objecte del nostre comentari.

Per tot el que hem exposat, ens sembla que, més enllà de l'obvietat que constata el Dictamen respecte de la supressió de l'incís "amb independència de llur titularitat", que, efectivament, deixaria l'article 132.10 sense cap sentit, hauria estat oportú interpretar que l'acord de la Generalitat que es regula en el precepte qüestionat, només podria tenir lloc al si de la Comissió bilateral, per mor de la prevalença de l'article 177 de la Proposta de Reforma sobre els diversos preceptes sobre els quals es projecta, i que n'han de ser, lògicament, tributaris.

Recordem finalment que, ja sigui bé per via de transferència de l'article 150.2 CE o bé per acord al si de la Comissió bilateral, sempre queda preservada la competència decisòria de l'Estat i, per això, considerem que l'apartat 10 de l'article 132 és constitucional.

3. Respecte de l'article 145.3, hem de tornar a invocar l'argumentació que ens portava a entendre constitucional l'apartat 10 de l'article 132, ambdós de la Proposta de Reforma. En el cas que ens ocupa, es tracta d'actuacions de foment cultural o d'inversió en béns i equipaments culturals situats a Catalunya, així com les adquisicions per qualsevol títol en les quals s'ha de determinar el percentatge dels béns que corresponen a la Generalitat, que l'Estat faci a Catalunya, tots els quals requereixen l'acord de la Comissió bilateral de l'article 177 de la Proposta de Reforma.

Tot i coincidir amb el Dictamen en el caràcter de doble exclusivitat que abasta el títol competencial, no gosàriem afirmar que el precepte és inconstitucional si atenem la funció prou genèrica que es preveu a la lletra c, de l'apartat 2, del repetit article 177. Les inversions culturals de les quals estem parlant tenen encaix en el supòsit de l'esmentada lletra c, que permet assegurar un exercici més eficaç de les competències respectives de l'Estat i de les de la Generalitat en els àmbits d'interès comú. Un d'aquests àmbits és òbviament, la matèria de cultura, atesa l'especificitat catalana i els fets diferencials que en aquesta matèria de cultura resulten de l'evidència que es proclama a l'article 1 de la Proposta de Reforma ("Catalunya és una nació"), sobre la qual el Consell Consultiu no ha tingut cap dubte d'encaix constitucional.

Per les raons exposades, al nostre entendre, l'article 145.3 és constitucional.

4. Finalment, tractarem dels dubtes de constitucionalitat que el Dictamen atribueix a l'article 147.3. de la Proposta de Reforma. Si bé l'article 149.1.2 CE atribueix a l'Estat la competència exclusiva en matèria d'immigració i estrangeria, considerem que d'aquesta reserva competencial no es pot deduir la impossibilitat d'exercir competències en relació amb les persones immigrades que tenen la seva residència a Catalunya, que hi treballen, o que hi venen per trobar feina.

És evident que als anys 1978 i 1979, el fet immigratori no havia adquirit, ni de bon tros, les dimensions ni la problemàtica social que avui genera a Catalunya. El desconeixement de l'impacte que el fet immigratori té en l'actualitat, i que previsiblement s'incrementarà en el futur, sobre la societat catalana, constituïria una mancança difícilment explicable per part del legislador estatuent. És, doncs, absolutament coherent que la Proposta de Reforma vetlli pels àmbits propis de la responsabilitat de la Generalitat que poden quedar afectats pel fet immigratori (sanitat, educació, cultura, serveis socials, per esmentar només els principals).

Per tot això, el legislador català ha volgut fer una interpretació flexible de la competència estatal de l'article 149.1.2 CE, tot residenciant les seves indefugibles obligacions d'actuació en l'àmbit laboral, aprofitant les competències executives de les quals disposa la Generalitat de Catalunya.

Cal remarcar al respecte d'aquesta qüestió que la lògica interna de la legislació d'estrangeria atribueix a l'autoritat laboral –i no pas a la governativa– l'exercici de les funcions relacionades amb les autoritzacions i els permisos de treball. Així mateix, cal destacar l'antecedent que suposa l'article 11.2 EAC vigent, en el qual el fet cert és que s'excepcionen de la competència de la Generalitat en matèria laboral les actuacions relatives als immigrants; ara bé, aquest és un límit autoimposat a l'EAC vigent, que pot desaparèixer amb ocasió de la Proposta de Reforma i que, en qualsevol cas, demostra que aquesta temàtica ja va ser contemplada l'any 1979 en el context específic de les competències de la Generalitat en matèria de treball.

No d'altra manera cal interpretar la regulació concreta de l'article 147 de la Proposta de Reforma, que troba el seu ancoratge constitucional en les abans esmentades competències executives en matèria laboral. En canvi, pel que fa als supòsits que poden oferir més dubtes de constitucionalitat, és a dir, els regulats a l'apartat 3 de l'article 147 que estem analitzant, el legislador estatuent els dóna cobertura en la Comissió bilateral Generalitat-Estat, tot aprofitant que les lletres a

i b d'aquest discutit apartat 3 de l'article 147, especialment en el primer cas, tenen una pacífica ubicació en l'àmbit laboral. Les mencions a la "capacitació professional" i "les necessitats i les previsions de treball" així ens ho demostren. Les actuacions rellevants de la política estatal d'immigració s'atribueixen, en definitiva, a la Comissió bilateral Estat-Generalitat.

Més enllà de la dificultat interpretativa que cal atribuir a l'incís "la fixació de les decisions estatals", entenem que el legislador estatuent, en apel·lar al marc d'actuació de la Comissió mixta citada, té en compte dues qüestions que voldríem posar en relleu:

La primera d'elles abasta la seva necessària participació en els diferents àmbits que el fenomen immigratori té sobre una societat com la catalana (recordem: nació catalana, art. 1 de la Proposta de Reforma), caracteritzada per uns trets socials, culturals i lingüístics ben específics i diferencials. Cal recordar que en altres països de caràcter plurinacional i d'estructura federal s'han establert fórmules semblants a les de l'article 147 en relació amb el 177 de la Proposta de Reforma, per tal de conciliar l'impacte immigratori sobre les traces diferencials que presenten determinades parts del territori d'un Estat compost.

La segona qüestió és la constatació que l'article 147 apartat 3 preserva en darrera instància, la capacitat decisòria de l'Estat. Les decisions s'atribueixen, diguem-ho un cop més, a la Comissió bilateral, i això significa que caldrà sempre la concurrència de la voluntat estatal per a la seva existència i efectivitat. En conseqüència, la competència estatal de l'article 149.1.2 CE queda preservada i això ens permet considerar que la fórmula que articula l'apartat 3 de l'article 147 opera, en realitat, com un mecanisme específic de participació de la Generalitat de Catalunya en les polítiques d'immigració, però sense tenir en cap cas efectes de suplantació de la capacitat decisòria estatal.

Per totes les consideracions anteriors, hem de concloure que l'article 147.3 de la Proposta de Reforma és constitucional.

II

Un cop enllestits els dubtes de constitucionalitat sobre els quals hem expressat el nostre criteri discrepant amb el Dictamen de la majoria, abordarem ara la plena constitucionalitat dels articles i esmenes que abasten l'àmbit del finançament de la Generalitat sobre els quals el Dictamen expressa el seu parer de manca d'ancoratge constitucional. Som ben conscients de l'extraordinari impacte d'aquesta matèria a l'hora de bastir els fonaments de l'autogovern de Catalunya, per això, manifestem respectuosament la nostra total discrepància en aquest àmbit, mitjançant les consideracions que segueixen:

Ens referirem en apartats diferenciats, en primer lloc, a les consideracions generals que ens mereixen tots i cadascun dels preceptes i esmenes afectades, en segon lloc, abordarem, específicament, l'article 198.2, pel que fa a les expressions "la capacitat normativa i "la responsabilitat fiscal", així com l'article 200 en la seva frase final, ambdós preceptes de la Proposta de Reforma. En un tercer apartat, abordarem les esmenes 358, 359, 360, 361, 362, 364, 369 i 371, que formulen una Proposta alternativa al títol VI de la Proposta de Reforma. Finalment, les conclusions ens portaran a considerar que tots els preceptes i esmenes referides tenen perfecte encaix constitucional.

1. A tall de consideració prèvia, és oportú recordar el capteniment desfavorable del legislador català respecte del finançament que ha tingut Catalunya durant els darrers 25 anys, al seu entendre inadequat, per tal de desenvolupar l'àmbit

competencial conferit per l'EAC vigent. En efecte, la Cambra catalana s'ha fet ressò del dit capteniment desfavorable en nombroses ocasions, de les quals cal destacar els criteris adoptats majoritàriament pel Parlament de Catalunya sobre el nou model de finançament, que varen ser aprovats per la "Comissió d'Estudi sobre el Concert Econòmic com a Via per a l'Adequat Finançament de l'Autonomia de Catalunya" el dia 14 de maig de 1999 (BOPC número 417, V Legislatura, de 28 de juliol de 1999).

Ens permetem espigolar alguns dels criteris que considerem que tenen especial rellevància:

- *"01.00. El nou model de finançament de la Generalitat ha de respondre a les necessitats i les característiques pròpies de la nacionalitat històrica que és Catalunya".*
- *"02.02. La Generalitat de Catalunya ha de participar en tots els impostos de l'Estat pagats a Catalunya, per tal de disposar de recursos suficients per afrontar les seves competències, i ha de poder decidir lliurement sobre la distribució dels seus recursos [...]".*
- *"02.06. El nou model ha de basar-se en l'acord bilateral entre la Generalitat i l'Estat. En conseqüència, Catalunya només ha de participar en el Consell de Política Fiscal i Financera (CPFF) de l'Estat, a efectes de consulta i deliberació".*
 - *"03.02. El nou model de finançament de la Generalitat ha de fer possible, a curt termini, la recuperació dels dèficits de dotacions de capital públic que tradicionalment ha patit Catalunya".*
 - *"04.03. l'establiment d'un sistema transparent i ben delimitat de contribucions a la solidaritat s'ha de reflectir en els saldos de les balances fiscals de cada Comunitat Autònoma amb l'Estat. És molt urgent que aquests saldos es calculin i se'n difongui el resultat".*
 - *"05.01. Els ingressos de la Generalitat han de dependre dels impostos generats a Catalunya. La Generalitat ha de recaptar tots els impostos i ha d'aportar a l'Estat la part que li correspongui per atendre les càrregues i els*

serveis que l'Estat continuï assumint com a propis, inclosa la contribució a la solidaritat".

- "06.01. La Generalitat ha de tenir capacitat normativa sobre tots els impostos que tingui cedits".

- "07.01. S'ha d'aconseguir que la Generalitat sigui l'Administració única a Catalunya en matèria tributària i que recapti tots els impostos de l'Estat pagats a Catalunya".

- "09.01. Cal traspasar definitivament a la Generalitat de Catalunya la participació actual de les entitats locals en els tributs de l'Estat. El Parlament de Catalunya ha de poder decidir sobre les competències i els recursos que han de correspondre als diferents nivells locals, o sigui, exercir la capacitat legislativa pel que fa a la tributació local".

- "11.01. Les inversions de l'Estat a Catalunya s'han d'incrementar per a corregir la discriminació que hi ha hagut durant molts anys i compensar el dèficit reiteradament demostrat a les dotacions de capital públic".

- "12.04. El finançament de la Generalitat de Catalunya a partir de l'any 2002, ha de superar el model dels costos efectius i les limitacions de la Llei Orgànica de Finançament de les Comunitats Autònomes (LOFCA) i del CPFF. Cal arribar a una veritable autonomia financera, mitjançant un pacte fiscal bilateral entre l'Estat i la Generalitat que, tot respectant l'Estatut d'Autonomia, estableixi un sistema clar de repartiment de competències i de recursos".

Només cal la simple lectura d'aquests criteris majoritaris, per adonar-se que el legislador estatuent ha volgut reflectir-los en els preceptes relatius al finançament de la Proposta de Reforma (essencialment, títol VI, capítol I, articles 196 a 205, ambdós inclosos), i en les esmenes formulades al títol VI que hi fan referència (principalment esmenes números 358 a la 369, ambdues incloses). Els dos models acullen el principi de bilateralitat entre Catalunya i l'Estat en l'àmbit del finançament. Ambdós sistemes també articulen amb diferents modulacions un model de finançament que aprofita l'anomenada desconstitucionalització de la matèria de finançament.

2. Les nostres consideracions –avalades per bona part de la doctrina iuspublicista catalana–, recorden les matisacions que cal fer a l’hora d’establir les relacions entre l’Estatut i les lleis orgàniques estatals. Aquestes consideracions, ens han portat a discrepar del criteri de la majoria del Consell, que aborda aquesta qüestió, tot inclinant-se per la tesi que les reserves de llei orgànica s’han de considerar de forma independent del contingut dels Estatuts, fins al punt de donar més rellevància a l’abast teòric i potencial d’aquelles reserves que així prevaldrien sobre les determinacions estatutàries.

Creiem que caldria fer notoris matisos a la tesi que inspira el Dictamen. Tanmateix, la nostra discrepància sobre l’esmentada tesi ha quedat explicitada, amb major amplitud, arran del vot particular del conseller Sr. Jaume Camps i Rovira, que ha comptat amb l’adhesió del conseller Sr. Agustí M. Bassols i Parés. És per aquesta raó que no volem insistir-hi, sinó tan sols recordar que aquelles consideracions i criteris interpretatius eren susceptibles de ser aplicats a matèries competencials regulades per l’Estatut, en les quals la CE no preveu una reserva “absoluta” de llei orgànica, sinó “condicionada” (per exemple, el cas de l’Administració de justícia o de la Seguretat pública, segons estableixen de forma expressa els articles 152.1 i 149.1.29 CE).

Les dites consideracions tenen especial relleu en els supòsits en els quals l’existència de la llei orgànica és només “potestativa”, tal com succeeix en el cas de la LOFCA (article 157.3 CE). Aquest article no determina una reserva de llei orgànica en sentit necessari, i això comporta l’existència d’un espai d’actuació de l’Estatut especialment ampli, sobretot quan la Constitució no estableix directament un model concret de finançament. Cal tenir en compte en definitiva, que la regulació de la hisenda autonòmica ha de ser considerada com a matèria estatutària, atès que afecta els recursos i mitjans econòmics necessaris per l’adequat exercici de les competències.

El caràcter “afeblit” d’aquesta reserva de llei orgànica es posa de manifest, en constatar que la mateixa LOFCA ha modulats el seu àmbit d’aplicació i vigència en funció de determinacions més específiques dels estatuts d’autonomia. Aquest

caràcter afeblit de la reserva de llei orgànica que prediquem de la LOFCA és diàfana en els règims especials de finançament regulats a les disposicions addicionals de la dita Llei, i no únicament per als casos forals d'Euskadi i Navarra, sinó també pels supòsits de Canàries i, de les ciutats de Ceuta i Melilla.

Tot el que acabem de dir, confirma que en matèria de finançament la reserva de llei orgànica no pot ser contemplada en termes absoluts ni il·limitats, quan ens trobem amb un Estatut que regula els elements propis de la hisenda autonòmica, a l'empara de l'habilitació que comporta la manca d'un model constitucional concret.

No podem oblidar, finalment, que els estatuts són lleis orgàniques que expressen la voluntat de l'Estat. Tot i que és cert que els estatuts constitueixen decisions legislatives que no queden a la lliure disposició de l'Estat (a diferència del que succeeix amb les lleis orgàniques "normals"), també ho és que el component interpretatiu en l'aplicació constitucional que els estatuts necessàriament incorporen, els fa idonis per desplegar uns efectes de precisió i atermenament en relació amb les matèries reservades a la llei orgànica, sobretot quan aquestes reserves no tenen normalment un contingut preestablert i definit de forma precisa a la Constitució, i quan aquesta tasca també es realitza amb la concurrència de la voluntat de l'Estat.

3. El joc dialèctic entre les previsions de l'EAC vigent i la LOFCA ha donat una exagerada rellevància a aquesta última llei orgànica en detriment de les previsions estatutàries configurades essencialment en els articles 44 i 45 de l'EAC vigent. Les potencialitats d'aquests preceptes estatutaris han esdevingut pràcticament simbòliques per mor de l'autolimitació que es deriva de la disposició addicional sisena i la disposició transitòria tercera de l'EAC vigent.

De fet, els intangibles principis constitucionals que informen la matèria que ens ocupa (autonomia financera, coordinació amb la hisenda estatal i solidaritat, articles 156 CE en relació amb l'article 138.2 CE, en el sentit que les especificitats estatutàries no podran implicar en cap cas privilegis econòmics o socials) han

estat desenvolupats sovint a l'empared d'una restrictiva i desigual jurisprudència del Tribunal Constitucional.

En efecte, cal dir, en primer lloc, que l'article 156 CE no explicita en absolut com s'han d'articular concretament els principis establerts i en definitiva, són els estatuts els que "poden" i "han de determinar" la concreció de quines són les fonts d'ingressos de les respectives comunitats autònomes i, en conseqüència, per via estatutària és perfectament constitucional establir i modificar, en el seu cas, el sistema de finançament. Volem dir que, quan els estatuts defineixen llurs àmbits competencials, a l'empared de l'article 147.2.d) CE, han de poder, a la vegada, definir els elements instrumentals que habilitin l'exercici de les competències. Creiem que els elements instrumentals indefugibles són, precisament, els recursos econòmics necessaris per a l'adequada prestació de serveis que es deriva de l'exercici de les competències assumides. Aquesta última afirmació, que ens sembla evident, ha estat sovint oblidada i, per això, en parlar de la intangibilitat dels principis constitucionals, consideràvem que havien estat desenvolupats d'una forma "desigual". Volíem dir amb això, que a més de la coordinació amb l'hisenda estatal i la solidaritat, és essencial el respecte al principi de l'autonomia financera i això comporta un notori grau de potencialitat estatutària a l'hora de definir els recursos econòmics que cal esmerçar en l'acompliment de les competències (147.2 d CE).

Com a conclusió del que estem exposant ens sembla absolutament constitucional que la Proposta de Reforma en el títol de finançament i el bloc d'esmenes que hi formula un model alternatiu, habilitin un nou model de finançament que permeti superar la pràctica inaplicació de les previsions dels articles 44, 45 i concordants del vigent EAC. També ens sembla perfectament constitucional (recordem al respecte el contingut de les consideracions prèvies al vot particular formulat pel conseller Sr. Jaume Camps amb l'adhesió del conseller Sr. Agustí M. Bassols, i de forma especial el que s'hi diu sobre el caràcter de llei paccionada de la Proposta de Reforma) que es pugui minvar o, fins i tot suprimir en la pràctica, l'aplicació de la LOFCA en funció de l'acceptació per part de l'Estat del nou sistema de finançament estatutari.

En aquest ordre d'idees, no es pot descartar que, amb caràcter tuïtiu o cautelar, es pugui incloure, per part de les Corts Generals, una nova disposició addicional a la LOFCA anàloga a les d'Euskadi, Navarra, Canàries, Ceuta i Melilla. Aquesta nova disposició addicional a la LOFCA ratificaria la seva no aplicabilitat, total o parcial, en el cas de Catalunya i la prevalença del model de finançament que es derivi de la Proposta de Reforma, un cop aprovada.

4. Fins aquí hem comentat les potencialitats de la Proposta de Reforma –i de l'al·ludit bloc d'esmenes– en la definició d'un nou model de finançament i la constatació *prima facie* del seu perfecte encaix constitucional. Ens cal ara constatar que, malgrat les seves evidents diferències, tant el règim de concert d'Euskadi i la LORAFNA navarresa, com els règims de la resta de comunitats autònomes, tenen pacífica cobertura en el marc constitucional. D'aquesta constatació se'n desprèn una obvietat: tots respecten els principis intangibles de l'article 156 en concordança amb l'article 138.2 CE, és a dir, el d'autonomia financera, el de coordinació amb l'hisenda estatal i el de solidaritat. Això és així perquè a la CE no hi ha una determinació de com cal articular aquests principis, llevat del de solidaritat que la CE concreta en l'anomenat Fons de Compensació per a despeses d'inversió, però sense aportar tampoc majors concrecions.

Tampoc la Constitució ens indica la gradació mitjançant la qual han de jugar en cada cas els tres eixos del finançament autonòmic, és a dir, els impostos propis de cada comunitat, els tributs cedits per l'estat, i les participacions genèriques en els ingressos de l'estat. Tampoc la delegació que fa l'article 157 CE a les comunitats autònomes de les funcions recaptatòries dels tributs estatals, explícita mecàniques operatives concretes per a la dita delegació o col·laboració, remetent-la a allò que determinin les lleis i els estatuts.

Sovint s'ha exagerat la transcendència del topall establert en l'article 138.2 CE, relatiu a la prohibició de que les diferències estatutàries puguin originar qualsevol tipus de privilegi entre els ciutadans de l'estat. Aquesta interdicció no implica, ni de bon tros, l'exigència d'igualtat absoluta i, en aquest ordre d'idees, l'establiment d'un règim singular sobre el finançament català (com el fixat en l'actual Proposta de Reforma i en el bloc d'esmenes que propugnen un model alternatiu) hauria de

tenir una perfecta empara constitucional, més enllà de l'apel·lació als drets històrics de Catalunya que ja s'analitzen en el vot particular que formulem juntament amb el Conseller Sr. Jaume Vernet i Llobet.

Entre d'altres podem citar la Sentència del Tribunal Constitucional 37/1987, de 26 de març, en el seu Fonament Jurídic 10, que diu:

“El principio constitucional de igualdad no impone que todas las Comunidades Autónomas ostenten las mismas competencias, ni, menos aún, que tengan que ejercerlas de una manera o con un contenido y unos resultados idénticos o semejantes. La autonomía significa precisamente la capacidad de cada nacionalidad o región para decidir cuándo y cómo ejercer sus propias competencias, en el marco de la Constitución y del Estatuto. Y si, como es lógico, de dicho ejercicio derivan desigualdades en la posición jurídica de los ciudadanos residentes en cada una de las distintas Comunidades Autónomas, no por ello resultan necesariamente infringidos los artículos 1, 9.2, 14, 139.1 y 149.1.1.^a de la Constitución, ya que estos preceptos no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con la autonomía, sino, a lo sumo, y por lo que al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de los deberes constitucionales se refiere, una igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales [...]”.

I també la frase referida a l'article 149.1.1 CE, de la Sentència del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de març, en què es defineix l'article 138.2 CE com a topall, però en cap cas com a atributiu de competències, i que per tant no limita la matèria competencial assumible per una comunitat autònoma: “importa delimitar por vía negativa el título competencial residenciado en el art. 149.1.1º CE. De una parte, no se puede identificar con el contenido derivado de otros preceptos constitucionales, tales como los arts. 138.2 y 139.1, que son presupuestos o límites, pero no títulos competenciales” (FJ 7).

Les consideracions que s'han formulat, cobren especial rellevància al constatar que els règims anomenats forals, tant el Concert d'Euskadi, com la LORAFNA de Navarra, són perfectament constitucionals perquè, amb independència de les matisacions que es puguin fer a la seva praxi aplicativa (sobre la qual ni podem ni volem entrar) en el cas que no fossin constitucionals, voldria dir que no respecten els principis de la CE, especialment els de coordinació amb la Hisenda estatal i el de solidaritat. La inqüestionable constitucionalitat dels sistemes de Concert basc i la LORAFNA navarresa es basen –com no podria ser d'altra forma- en l'absolut respecte als esmentats principis constitucionals i, per tant, no es fonamenten essencialment en la disposició addicional de la LOFCA. Tampoc, la constitucionalitat dels dos sistemes forals no deriva específicament de la disposició addicional primera de la Constitució, atès que en el seu redactat no s'especifica quins són els territoris forals (ens remetem en aquest punt a les consideracions *in extenso* que es formulen al parlar dels "drets històrics" en el vot particular que hem formulat juntament amb el conseller Sr. Jaume Vernet i Llobet).

5. La possibilitat d'expandir l'autonomia financera de la Generalitat que es desprèn de les consideracions anteriors té suport jurisprudencial (per totes STC 56/1982, 85/1984, 63/1986, 179/1987, 201/1988, 96/1990, 13/1992, i 68/1996). I tot això sens perjudici de la constitucionalitat que es resolgui al voltant de la legislació estatal sobre estabilitat pressupostària. Aquesta, al nostre entendre, discutible legislació enterboleix certament, l'èmfasi que hem posat en l'autonomia financera i la necessitat de preservar-la.

En definitiva, l'absència de reserva de llei orgànica en el tema de finançament, comporta l'habilitació estatutària per a definir-ne el model en forma precisa tal com pretén la Proposta de Reforma en el text aprovat per la Comissió Primera del Parlament i en les esmenes formulades al dit títol VI de la Proposta de Reforma, tot això sense perjudici de salvaguardar en qualsevol cas els principis de suficiència financera, unitat expressada en termes de coordinació amb l'Hisenda estatal i la solidaritat entre tots els ciutadans de l'estat, principis que al nostre entendre respecten a bastament les formulacions dels models de finançament que

s'inclouen en la Proposta de Reforma, ja sigui al Títol VI o a les esmenes que hi fan referència.

Totes les consideracions que fins ara hem anat desgranant ens porten a considerar la prevalença dels estatuts per sobre la LOFCA, a condició de la capacitat que tingui l'estatut per "definir" i a l'hora "tancar" el model. Aquesta condició esdevé decisiva per impedir que la LOFCA pugui arrossegar àmbits de la regulació no determinats plenament per l'estatut. Per això, més enllà del capteniment favorable que ens mereixia la inclusió d'una disposició addicional específica a la LOFCA referida a Catalunya, pensem que la Proposta de Reforma en els dos models proposats pretén, poc o molt, omplir de contingut la proposta estatutària per evitar els dits efectes uniformitzadors de la LOFCA.

És precisament en aquest àmbit on es fa més necessari apel·lar a les consideracions que en els vots particulars emesos hem anat desgranant respecte de la conveniència de no utilitzar, en fer el judici de constitucionalitat de la Proposta de Reforma, els paràmetres interpretatius que es derivarien de la disposició addicional setena de la LOFCA, en connexió amb la disposició addicional setena de l'EAC vigent, així com de la jurisprudència constitucional que fins ara no ha pogut tenir altre paràmetre interpretatiu que el que es deriva del dit binomi, més enllà naturalment del intangible text constitucional. Diguem un cop més que la Proposta de Reforma si resulta aprovada, deixarà sense efecte un dels dos pilars del binomi (l'EAC vigent i la seva disposició addicional setena), i obligarà en tot cas a que la disposició addicional setena de la LOFCA es projecti en una nova correlació harmònica, en concordança amb el contingut de la Proposta de Reforma. Per últim, la futura jurisprudència del Tribunal Constitucional haurà d'adaptar-se al nou escenari del finançament de la Generalitat i adaptar la seva doctrina a remolc del nou eix estatutari.

Amb tot això ja estarem en condicions d'abordar els dubtes de constitucionalitat que la majoria del Consell ha trobat en dos preceptes del títol VI de la Proposta de

Reforma per un costat, i en les esmenes 356 a 364, ambdues incloses, del sistema de finançament alternatiu al proposat pel títol VI, per un altre.

6.- Diguem ja, des d'ara, que l'article 198.2, pel que fa a les expressions "la capacitat normativa i la responsabilitat fiscal", així com l'article 200 en la seva frase final, ambdós de la Proposta de Reforma, no tenen cap dificultat d'encaix constitucional.

a) El model de finançament formulat a la Proposta de Reforma en el seu títol VI manté el sistema de recursos econòmics derivats dels tributs propis i dels cedits per l'Estat, establint una participació en tots els impostos estatals suportats a Catalunya que passen a la categoria de tributs cedits totalment o parcial. S'estableix que el percentatge de participació no pot ser inferior en cap cas al 50%.

També, en el sistema de finançament que comentem, es confereix a la Generalitat la capacitat normativa sobre els impostos estatals cedits, i s'aplica un percentatge dels mateixos com a contribució a l'Estat per al finançament dels seus serveis i les seves competències, percentatge que no pot excedir del 50%.

A la vegada com a element definidor trobem, en el model proposat, la quota de solidaritat de la Generalitat amb la resta de comunitats autònomes, constitucionalment prevista. L'aplicació dels mecanismes de solidaritat i d'anivellament haurà de prendre en consideració les necessitats de despesa i la capacitat fiscal de Catalunya, determinades en relació a la mitjana de les comunitats autònomes i d'acord amb el major grau d'esforç fiscal que realitzi Catalunya.

Finalment, mitjançant la Comissió Mixta de Relacions Fiscals i Financeres Estat-Generalitat, s'estableix un marc bilateral que haurà de concretar, desenvolupar i actualitzar el sistema de finançament. També s'estableix, en un altre àmbit, l'àmplia regulació de les hisendes locals basada en l'autonomia financera i el principi de suficiència de recursos, que haurà de concretar-se en una futura Llei d'hisendes locals catalanes.

Com a culminació del model formulat al títol VI de la Proposta de Reforma, es preveu que ulteriors disposicions legislatives de les Corts Generals definiran els aspectes que no hagin quedat concretats, més enllà d'una avaluació quinquenal del resultat dels mecanismes de solidaritat i d'una actualització també quinquenal del sistema de finançament. Els principis rectors del model incorporen, a l'article 196 de la Proposta de Reforma, els mandats constitucionals dels quals parlàvem a les consideracions generals, és a dir, essencialment, els principis d'autonomia financera, coordinació i solidaritat.

Al nostre entendre, en la seva globalitat el Títol VI de la Proposta de Reforma es totalment constitucional d'acord amb les consideracions que hem formulat en les consideracions generals i prèvies del present vot particular.

b) A l'article 198, apartat 2, s'estableix que la Generalitat té la capacitat normativa i la responsabilitat fiscal sobre tots i cadascun dels impostos estatals suportats a Catalunya. De la redacció d'aquest incís del precepte, la majoria del Consell en desprèn un topall d'inconstitucionalitat.

Discrepem d'aquesta opinió, essencialment per dues raons, una d'elles de forma i una altra de fons.

En efecte, al parlar de la capacitat normativa i la responsabilitat fiscal es pot entendre que s'està referint a "tota" la capacitat normativa i "tota" la responsabilitat fiscal". Malgrat tot, entenem que precisament l'omissió en el precepte del terme "tota" –que no deixaria lloc a dubte– permet la raonable interpretació de què no s'està referint a la totalitat de la capacitat normativa i els seus efectes, ni tampoc a la totalitat de la responsabilitat fiscal i dels efectes que se'n deriven.

Més enllà d'aquesta raó de caire formal, cal projectar en la integritat del precepte les conseqüències que es deriven de l'assumpció per part de la Proposta de Reforma d'un notable increment de l'àmbit competencial, extenent-lo a noves competències i ampliant-les mitjançant la concreció de múltiples submatèries en

diferents àmbits competencials. En efecte, aquestes conseqüències abasten essencialment la necessitat de garantir la suficiència financera per a fer front a les noves competències assumides i les ampliades i, concretament, a la prestació dels serveis a la ciutadania que d'elles se'n deriven. Com no podia ser d'una altra forma, en una correcta interpretació hermenèutica de tot el títol VI, el precepte qüestionat és tributari dels principis rectoris establerts a l'article 196 de la Proposta de Reforma i si tal com s'hi estableix, el finançament de la Generalitat ha de regir-se, entre d'altres, pel principi d'autonomia financera, el de suficiència de recursos i el de responsabilitat fiscal, difícilment es podria portar a terme aquest objectiu sense una plena capacitat normativa i responsabilitat fiscal sobre tots i cadascun dels impostos suportats a Catalunya.

Per totes les raons exposades, entenem que l'apartat 2 de l'article 198 de la Proposta de Reforma, és plenament constitucional.

c) També es qüestiona per part de la majoria del Consell la constitucionalitat del topall que s'estableix a l'article 200, *in fine*, de la Proposta de Reforma. El precepte, al parlar del percentatge de participació entre l'Estat i la Generalitat en els diferents impostos cedits, estableix que aquest percentatge "no ha de ser en cap cas superior al 50%".

Discrepem del parer de la majoria, perquè també en aquest supòsit cal connectar el precepte amb el principi d'autonomia financera proclamat constitucionalment (article 156 CE) i a la mateixa Proposta de Reforma, en el seu article 196 abans comentat. Si bé en el cas de les hisendes locals, la Constitució és encara més explícita al fixar que hauran de disposar dels mitjans suficients per a l'exercici de les funcions que la Llei els atribueix, aquesta mateixa evidència és constitucionalment aplicable a les comunitats autònomes, com a única garantia d'una adequada prestació dels serveis públics derivats de l'exercici de les competències estatutàries. Les comunitats autònomes només podran assolir aquest objectiu si disposen dels recursos financers necessaris que es constitueixen com a concepte instrumental bàsic a l'hora de parlar de la suficiència dels mitjans materials i personals. Al nostre entendre, el legislador català formula, amb millor o pitjor encert (que no ens correspon avaluar) una

opció legislativa tendent a garantir uns "mínims" per abastar la suficiència financera. Ho explicita mitjançant la fixació del percentatge que comentem, la interpretació del qual ha d'incardinar-se en els paràmetres de la consecució de l'objectiu plenament constitucional de garantir l'autonomia financera i la suficiència de recursos que se'n deriva.

A tenor de les consideracions fins ara exposades, entenem que l'article 200 *in fine* de la Proposta de Reforma és plenament constitucional.

7.- Les esmenes 358, 359, 360, 361, 362, 364, 369 i 371, formulades com a base del finançament alternatiu que proposa el títol VI de la Proposta de Reforma, no tenen, segons el nostre parer, cap dubte de constitucionalitat.

a) Mitjançant les indicades esmenes i altres de concordants que no han estat considerades inconstitucionals per part del Dictamen de la majoria, es pretén definir en el nou Estatut de Catalunya, un model de finançament de notori detall i precisió, tot incorporant una clàusula de tancament d'acord amb la qual l'exercici de les competències fiscals i financeres establertes estatutàriament no pot ser limitat per cap altra llei estatal més enllà de la Constitució. La Proposta d'acord econòmic entre la Generalitat i l'Estat inclou la gestió, la recaptació, la liquidació i la inspecció per part de la Generalitat de tots els tributs satisfets a Catalunya mitjançant una agència tributària pròpia.

En aquest cas, el legislador pretén atorgar a la Generalitat l'establiment d'un règim tributari i fiscal globalment propis, tot incloent una quota de contribució a l'Estat pels serveis prestats i que abasti també la satisfacció del principi de solidaritat. S'articula, a la vegada, la creació d'un òrgan bilateral encarregat de la gestió del sistema i de la globalitat de relacions entre la Generalitat i l'Estat pel que fa a tot l'àmbit del finançament. En definitiva, la proposta articula un model amb vocació de completar i definir tot l'àmbit competencial que estem comentant, destinat a obviar els efectes harmonitzadors de la LOFCA i les prescripcions del Consell de Política Fiscal i Financera.

Malgrat l'establiment d'un règim tributari propi, es proclama en els "principis de l'acord econòmic" el respecte al principi de solidaritat fixat a la Constitució espanyola. En segon lloc, el respecte a l'estructura general impositiva de l'Estat i, així mateix, el respecte a les normes de coordinació, harmonització fiscal i col·laboració amb l'Administració tributària de l'Estat.

Abans d'entrar en l'anàlisi dels preceptes sobre els quals el Dictamen de la majoria ha establert dubtes d'inconstitucionalitat, dels quals discrepem respectuosament, ens cal avançar que el règim d'acord econòmic que es proposa, malgrat la seva amplitud i precisió reguladora estableix, al nostre entendre, tan sols les bases del nou règim de finançament de la Generalitat. En efecte, el model final que configuren les dites bases serà el que de manera bilateral estableixi en definitiva l'Estat mitjançant una llei paccionada. Aquest és pràcticament el tenor literal de l'esmena 359 de la Proposta:

"El règim d'acord econòmic entre la generalitat de Catalunya i l'Estat estableix les bases de les relacions de caràcter fiscal entre ambdues administracions, i es desenvoluparà de manera bilateral mitjançant una llei paccionada".

Si això és així, al nostre entendre, la concreció de les bases correspondrà en definitiva a les Corts Generals, que hauran d'aprovar la llei necessària per portar a terme "el règim d'acord econòmic amb Catalunya" (de forma anàloga a la llei que desenvolupa el sistema de concert basc o la LORAFNA, en el cas de Navarra, lleis -sigui dit de passada-, d'una prolixitat i concreció de detall molt notables).

Tot el que hem dit en el nostre vot particular, i també en el vot que articula el conseller Sr. Camps amb l'adhesió del conseller Sr. Bassols, sobre el caràcter de llei paccionada que cal predicar de la Proposta de Reforma que comentem té una especial significació a l'hora d'establir el règim d'acord econòmic. Si, en definitiva, les Corts Generals hauran d'acollir de forma positiva o negativa la Proposta de Reforma després d'un "iter legislatiu" centrat en la negociació i l'acord, tant o més encara ho serà la llei que aprovi en el seu cas el nou sistema de finançament, fixant-ne "negre sobre blanc" tots els seus requisits i condicions. En definitiva, totes les relacions de caràcter fiscal entre l'Estat i la Generalitat que caldrà

desenvolupar, diguem-ho un cop més, de forma bilateral i mitjançant un indefugible acord que es deriva del concepte "Llei paccionada", fan que el sistema de finançament propugnat en el bloc d'esmenes que estem analitzant, en cap cas suplanti les potestats estatals derivades de la CE.

b) La discrepància que fins ara hem expressat respecte del criteri que exposa el Dictamen en el seu Fonament X i, en concret, en fer el judici de constitucionalitat respecte del bloc d'esmenes que estem enjudiciant, té un especial relleu en constatar, que la majoria considera inconstitucional el nou sistema de finançament articulat, en la mesura que nega segons la seva apreciació, la competència normativa estatal per fixar els principis de la Hisenda general (art. 149.1.14 CE). Al nostre respectuós entendre, aquesta consideració és errònia, i ens cal fer-hi especial esment, en funció del fet que els principis constitucionals esdevenen l'únic topall intangible per part de qualsevol sistema de finançament que es proposi.

No podem ignorar la dificultat que ens representa poder fixar l'abast de la consideració que expressa la majoria i que hem relacionat en el paràgraf anterior. Per això intentarem explicar els punts essencials del nostre dissentiment.

A l'esmena 359 del règim d'acord econòmic s'estableix que l'esmentat acord només configura les bases de les relacions de caràcter fiscal entre la Generalitat i l'Estat, tot deixant el seu desenvolupament a una Llei paccionada. No ens farem forts en la literalitat del concepte de "Llei paccionada". Però tanmateix, creiem que amb encert l'esmena expressa que les concretes precisions de la dita relació bilateral hauran de quedar concretades (en forma tan prolixa si es vol com ho fa la Llei que aprova el concert basc o la LORAFNA), a la Llei de l'Estat a la qual correspon aprovar i desenvolupar el "règim d'acord econòmic". Ens preguntem com podria ser d'altra forma, o dit d'una altra manera, quin instrument jurídic, llevat d'una Llei de l'Estat, podria fixar el desenvolupament del règim financer que es proposa al bloc d'esmenes que estem comentant. Sembla obvi que si es tracta únicament i exclusiva d'una Llei de l'Estat, de cap manera no es pot entendre que se suplanti la llibèrrima voluntat de les Corts Generals en acceptar la proposta estatutària.

Creiem, també, irrellevant si a l'evidència que exposem al paràgraf anterior se li vol dir llei bilateral, llei acordada o llei paccionada, o bé, qualsevol altre apel·latiu que haurà de comportar en tot cas la concurrència d'una prèvia acceptació per part de l'Estat de la proposta estatutària en l'iter legislatiu que tantes vegades hem comentat, i en un segon estadi, l'acceptació –si ho vol lliurement– de la llei que aprovi les dites bases de les "relacions de caràcter fiscal" amb la precisió i detall que vulgui l'Estat.

Per això, dit sigui de passada, no entenem els dubtes de la majoria del Consell sobre la constitucionalitat de la mencionada "lleï paccionada". Si el mateix Dictamen parla en diverses ocasions de l'Estatut com a lleï paccionada (entre d'altres, la lletra B del punt 4 del Fonament I del Dictamen), considerant l'expressió perfectament constitucional en els seus termes literals, és lògic que idèntica apel·lació es pugui fer d'una lleï prevista en el títol VI del mateix Estatut si, a més, regula una matèria tan transcendental com el finançament.

c) També costa d'entendre, que de la lectura de les prescripcions de la lletra a i concordants de l'esmena 360, se'n pugui desprendre per part del Dictamen de la majoria, que el model nega la intangibilitat dels principis constitucionals de la Hisenda general. Entenem respectuosament que si com es diu a l'esmena 360 la Generalitat estableix el sistema amb ple respecte dels principis generals constitucionals que seguidament detallarem, es pugui raonablement posar en qüestió la prevalença dels dits principis constitucionals. En efecte, l'esmena 360 ressalta i proclama el respecte als següents principis constitucionals:

- El principi de solidaritat fixat a la Constitució espanyola.
- El principi constitucional de respecte a l'estructura general impositiva de l'Estat.
- A les normes de coordinació, harmonització fiscal.
- El principi de col·laboració amb l'Administració tributària de l'Estat que es predica de l'Agència tributària catalana i que no preveu la concreció d'aquesta col·laboració atès que ja ho farà la lleï estatal que aprovi el "règim d'acord econòmic".

d) Podríem coincidir amb l'afirmació que fa el Dictamen de la majoria sobre la similitud del règim d'acord econòmic amb "el règim de concert econòmic". Del que discrepem és de l'afirmació que el Dictamen fa seguidament segons la qual aquest model és "no previst a la Constitució per a la Generalitat de Catalunya". Un cop més, hem de recordar que a la Constitució no s'hi preveu aquest model ni cap altre, ni per a Catalunya, ni per a la resta de comunitats autònomes. Tal com hem argumentat en les consideracions generals, del seu caràcter potestatiu tampoc no es pot desprendre una expressa reserva de llei orgànica de la LOFCA. Gosaríem dir que tan constitucional seria l'existència de la LOFCA com la seva inexistència (art. 157.3 CE). El fet obvi de la vigència de la LOFCA no pot portar-nos a propugnar la seva prevalença per damunt d'aquells estatuts que omplien de contingut el sistema de finançament de la comunitat autònoma respectiva. Això és precisament el que fa la Proposta de Reforma i de forma més completa o tancada si es vol, el bloc d'esmenes que estem analitzant. Diguem un cop més que a l'Estat li pertocarà, per via de les Corts Generals, l'acceptació o no de la Proposta estatutària, també en aquest àmbit.

El contingut de les esmenes 361, 362, 364, 369, 371 i subsegüents, diguem-ho un cop més, no tenen el caràcter exclouent de les competències estatals, que es predica al Dictamen per les mateixes consideracions que fins ara hem formulat.

e) No ens estendrem en el comentari que fa el Dictamen respecte a la projecció sobre el bloc d'esmenes que comentem de la disposició addicional primera de la Proposta de Reforma. La discrepància amb els criteris del Dictamen, respecte als efectes aplicatius del contingut de la disposició addicional primera ja s'han analitzat *in extenso* al vot particular en el qual conflueixen les nostres discrepàncies, juntament amb la del conseller, senyor Jaume Vernet i Llobet, en relació amb la temàtica dels drets històrics. Al contingut de l'esmentat vot particular, subscript pels tres consellers esmentats, ens remetem a l'hora de dissentir de l'afirmació que es fa al Fonament X *in fine*, segons la qual Catalunya no és titular de drets històrics que permetin establir un règim diferenciat de competències ni un sistema de finançament propi.

f) Tenint en compte les consideracions exposades al llarg d'aquest vot particular, ens permetem establir les següents conclusions:

Primera. La Constitució no predetermina un model de finançament per a les comunitats autònomes, ni tampoc especifica quines comunitats poden disposar d'un model singularitzat i quines han de regir-se per la LOFCA.

Segona. La Proposta de Reforma és l'instrument jurídic idoni per habilitar un model de finançament propi per a Catalunya i per determinar les bases que l'han de regir, sens perjudici del desenvolupament de les dites bases arran de la llei de les Corts Generals que aprovi el nou model.

Tercera. El sistema d'acord econòmic que proposa el bloc d'esmenes analitzat no contradiu cap principi constitucional, ans el contrari, respecta tots i cadascun dels que preveu la Constitució, amb especial èmfasi en la incorporació del factor solidaritat. La similitud del model proposat amb el de concert i conveni econòmic –plenament constitucionals- és una mostra de compatibilitat amb els principis constitucionals.

Quarta. El règim LOFCA pot esdevenir pràcticament inaplicable a Catalunya si la Proposta de Reforma estableix un model complet i tancat de finançament i, en aquest sentit, resulta jurídicament tan vàlid que la inaplicació la reguli el mateix estatut, o com que ho faci en forma alternativa o complementària la mateixa LOFCA, mitjançant una disposició anàloga a les que ja conté per als supòsits d'Euskadi, Navarra, i en uns altres paràmetres, els casos de Canàries, Cèuta i Melilla.

Cinquena. Res no impedeix que el model que estem comentant es fonamenti en el reconeixement i l'actualització dels drets històrics de Catalunya, com a element complementari per reforçar la seva constitucionalitat. En aquest sentit, no hi ha impediment constitucional perquè la Proposta de Reforma reconegui i actualitzi els drets històrics de Catalunya dins del marc de la disposició addicional primera.

En funció de les anteriors consideracions, les esmenes 358, 359, 360, 361, 362, 364, 369 i 371 formulades al títol VI de la Proposta de Reforma són constitucionals.

Barcelona, 3 de setembre de 2005

VOT PARTICULAR que formula el conseller senyor Jaume Vernet i Llobet, a l'empara de l'article 50 del Reglament provisional d'organització i funcionament del Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya, al Dictamen núm. 269, emès en data 1 de setembre de 2005.

El motiu de la meva discrepància està en relació amb l'argumentació del Fonament I, cosa que afecta directament o indirecta les conclusions a les quals s'arriben en els Fonaments V, dedicat al Poder Judicial i Ministeri Fiscal; X, sobre finançament; i XII, sobre les lleis a les quals es refereix la disposició addicional novena.

I

En la meva opinió, el tractament, molt ponderat, donat al Fonament I, des del punt 2 al punt final, que ha aprovat la majoria, no posa èmfasi suficient a l'específica funció constitucional dels estatuts d'autonomia i a la seva rellevant posició en el sistema de fonts, de les quals deriven importants conseqüències en altres fonaments del Dictamen. Així, el meu parer sobre la relació entre l'Estatut d'autonomia i determinades normes estatals unilaterals és diferent de la majoria, tant en l'abast d'allò que ha de considerar-se protegit constitucionalment com en els seus efectes, tot i que sigui parcialment coincident en part del seu desenvolupament. En conseqüència, passaré a exposar dins d'aquest apartat (I) quines són les qüestions generals sobre la funció constitucional dels estatuts

d'autonomia (1) i el rang normatiu d'aquests (2), per a continuació mostrar la incidència que tenen aquests aspectes generals sobre altres aspectes més concrets enunciats abans i als quals dedicarem la nostra atenció de forma separada. Això ho desenvoluparem d'aquesta manera, no només perquè es tracta de temes diferents sinó, sobretot, perquè estan directament relacionats amb lleis orgàniques o ordinàries estatals, el paper de les quals constitueix la base de la meua respectuosa discrepància amb la majoria. D'aquesta manera, s'adjunten uns apartats sobre Poder Judicial (II), Ministeri Fiscal (III), finançament (IV) i altres temes (V), directament relacionats amb unes determinades lleis orgàniques o ordinàries.

1. Respecte a la funció constitucional dels estatuts d'autonomia, la Constitució espanyola és una norma que, per motius diversos, ha estat qualificada encertadament com a norma oberta, especialment pel que fa a la distribució territorial del poder. En aquest àmbit, la coneguda com a "Constitució territorial" es troba en gran part desconstitucionalitzada, llevat de la determinació d'uns principis generals i dels processos per exercir el dret a l'autonomia de les nacionalitats i regions. Les raons, com deia, són diverses, tant polítiques, com històriques i jurídiques, i no paga la pena, ni tampoc és el lloc, de detallar-les.

En qualsevol cas, això té una implicació clara: els estatuts d'autonomia, per mandat constitucional, són les normes que desenvoluparan els principis constitucionals i dotaran de contingut l'autonomia reconeguda constitucionalment, la qual cosa pot provocar una gran complexitat, sobretot a l'aparell central de l'Estat, que haurà d'assajar relacions bilaterals i multilaterals amb les diferents comunitats autònomes. Ara bé, el que hem de tenir molt clar és que aquesta ha estat l'opció volguda constitucionalment i les disfuncions que el sistema pugui provocar s'hauran d'assumir per tots els ens implicats. Per tant, aquests hauran de cercar una solució negociada i no unilateral a iniciativa de les institucions centrals. Això ha de ser així perquè en cas contrari, o bé seria confondre les institucions centrals amb les estatals, excloent les autonòmiques, que juntament

amb les primeres són també Estat, com va dir, per cert, ben aviat el Tribunal Constitucional (STC 32/1981, de 28 juliol, FJ 5; 38/1982, de 22 juny, FJ 2, i 119/1992, de 18 setembre, FJ 1); o bé seria convertir els interessos centrals en generals, quan aquests interessos són, almenys, tan parcials com ho poden ser els autonòmics.

D'aquesta manera, la funció principal que despleguen els estatuts d'autonomia és la concreció, a nivell materialment constitucional, de l'autonomia política d'un territori, cosa que té conseqüències directes sobre la distribució del poder polític general. La concreció estatutària no queda fixada per sempre, sinó que, com la Constitució, els estatuts poden modificar-se (títols X i IV de la CE i de l'EAC respectivament). D'aquesta forma, si no es revisa la Constitució, la reforma estatutària ha d'encabir-se dins dels límits constitucionals que, com hem assenyalat, són prou laxos per permetre desenvolupaments ben diferents: des de la inexistència de l'autonomia a un autogovern poderós. En aquest sentit, el principi dispositiu i la bilateralitat són principis constitucionals no escrits, que estan implícitament en la construcció del que s'ha denominat Estat autonòmic o de les autonomies, una forma d'Estat no homologada per la literatura internacional que consent diversos desenvolupaments dins de la Constitució mateixa.

Així, la funció constitucional d'un estatut, cara enfora, consisteix en concretar la forma d'estat que la Constitució esbossa, en col·laboració amb la resta d'estatuts d'autonomia. I, com hem esmentat, la Constitució permet solucions concretes diferents, no només territorialment sinó també temporalment, és a dir, distintes per a cada territori, tot afectant el conjunt, i que poden variar amb el transcurs del temps, d'acord amb les oportunes reformes estatutàries. Però l'estatut també desplega una funció constitucional, cara endins, que no és altra que la de ser la "norma institucional bàsica" de la comunitat, com afirma, amb rotunditat, l'article 147.1 CE. Aquesta doble funció, cap a l'exterior (o externa) i cap a la comunitat corresponent (o interna), és característica de la norma estatutària.

Abans de continuar, cal advertir que es discuteix doctrinalment l'existència d'una naturalesa jurídica unitària entre els estatuts, que es posa particularment de manifest en el moment de la seva elaboració i reforma, per la qual cosa, procuraré referir-me, si no es diu altrament, a l'Estatut d'autonomia de Catalunya (o als que més se li assemblen), que és el que ara es proposa de modificar.

a) La funció externa es materialitza especialment a través d'un procediment de caràcter negociat entre les forces polítiques presents a la nacionalitat o regió i les forces polítiques representades a les institucions parlamentàries estatals, el qual, a les nacionalitats, vindrà referendat per la població (pel que fa a Catalunya, d'un costat, art. 151 i disposició transitòria segona CE, per a l'aprovació; i, de l'altre, art. 147.3 i 152.2 CE i 56 i 57 EAC, per a la reforma).

En conseqüència, el pacte entre l'Estat (institucions centrals) i la nacionalitat (òrgans autonòmics) tindrà efectes sobre el primer –l'Estat central- i la segona –la nacionalitat-, ja que altrament no tindria sentit la negociació, si el seu resultat només fos aplicable a una de les parts. En aquest sentit és del tot oportú recordar l'incís final de l'enunciat de l'article 147.1 CE, quan diu que l'Estat reconeixerà i empararà els estatuts com a part integrant del seu ordenament, per la qual cosa l'Estat no podrà actuar amb ignorància de les prescripcions estatutàries amb l'excusa que l'estatut només afecta un determinat territori, sinó que l'Estat ha de donar curs als compromisos que ha assumit en un estatut, com ara ser respectuós amb les competències autonòmiques i col·laborar amb l'autogovern.

D'aquesta manera, s'ha assenyalat que les garanties procedimentals que s'incorporen als estatuts pretenen incidir d'una o altra manera en la mitigació de l'unilateralisme de l'Estat i posar de manifest que la rigidesa de la qual estan dotats els estatuts fa perdre a l'Estat tota disponibilitat sobre aquests, cosa que significa que l'autonomia és irreversible per la sola voluntat de l'Estat; mentre que el caràcter de llei orgànica que caracteritza l'aprovació final palesa que l'estatut és creat per font estatal i adquireix eficàcia pròpia una vegada introduït a l'ordenament.

b) D'altra banda, l'estatut és la norma constitutiva o fundacional de la respectiva comunitat autònoma (STC 76/1988, de 26 d'abril). Així, l'estatut d'autonomia, per aconseguir la funció d'índole interna haurà de definir els elements essencials de la comunitat, la seva denominació, les competències, les institucions, els aspectes financers i d'hisenda i la reforma mateixa de l'estatut, tot el qual constituirà el contingut propi i preceptiu de l'estatut d'autonomia, que podrà completar-se amb altres matèries que no són obligades, sinó potestatives i complementàries, que fan que cada estatut tingui un contingut variable i singular. Això explica, en part, que puguem parlar d'un nucli estatutari, esmentat constitucionalment, i d'una beina també estatutària que l'embolcalla, idea que és traslladable també a altres lleis orgàniques. En tot cas, dins del nucli de l'Estatut hi ha elements que despleguen la funció interna (institucions), l'externa (competències assumides) o ambdues (reforma estatutària), però tots tenen fonament en una remissió específica constitucional.

En dret comparat, la funció externa i la idea de pacte es desenvolupen a les constitucions federals, la qual cosa fa que les qüestions internes siguin pròpies de les constitucions subcentrals (subordinades a la constitució federal) en la qual no intervenen, ni en la seva aprovació ni en la seva reforma, els poders centrals. Però, en canvi, el sistema autonòmic, en absència de major detall constitucional i perquè l'estatut d'autonomia té naturalesa de llei estatal, es caracteritza per uns estatuts d'autonomia que aconsegueixen una funció externa configuradora de l'Estat amb mandats per al propi Estat, a banda del desplegament d'una funció d'autoorganització, d'índole interna.

2. Pel que fa a la posició constitucional dels estatuts d'autonomia en el sistema de fonts, aquests s'aproven i es reformen com a lleis orgàniques (art. 81.1 i 152.2 CE), però donat el seu *iter* parlamentari complex i la ratificació popular s'ha de considerar, pel cap baix, com una llei orgànica especial, tant pel que fa al seu procediment d'elaboració i aprovació com per la matèria constitucionalment

atribuïda. Així doncs, tant des de la perspectiva formal com material estem davant d'una norma especial. No hi ha pas cap altra llei orgànica que la seva elaboració contingui elements paccionats, ni tampoc n'hi ha cap altra que necessiti d'un referèndum de ratificació, com és el cas de la reforma dels estatuts que segueixen el procediment de l'article 151 de la CE, això és, de les comunitats de règim especial o de "via ràpida" (Euskadi, Catalunya, Galícia i Andalusia). Tot això atorga a aquests estatuts una especial rellevància que ha de projectar-se sobre el sistema de fonts, és a dir, sobre la posició que aquests estatuts ocupen en la prelación normativa. El seu lloc és subordinat a la Constitució, però, com hem dit abans, són normes materialment constitucionals, que conformen el que s'ha denominat com a bloc de constitucionalitat, és a dir, el conjunt de paràmetres normatius que han de servir al Tribunal Constitucional per resoldre els recursos i conflictes que se li plantegin amb relació a la distribució territorial del poder polític. El Tribunal ha confirmat que no hi ha norma que es pugui interposar entre un estatut d'autonomia i la Constitució (STC 76/1983, de 5 d'agost) i que respecte dels estatuts d'autonomia només la Constitució fa de paràmetre de constitucionalitat (igualment, STC 76/1983, de 5 d'agost, i 99/1986, d'11 de juliol, FJ 4), però, respecte de la resta de l'ordenament jurídic, la Constitució i els estatuts conformen el bloc de constitucionalitat fonamental. A partir d'aquest binomi, s'interpretaran i s'enjudiciaran les altres normes jurídiques tant estatals com autonòmiques.

En aquest sentit, respecte de les normes autonòmiques, no hi ha cap discussió d'entitat en declarar la subordinació de l'ordenament jurídic autonòmic a la seva norma institucional bàsica (l'estatut) i a la Constitució; així, es va declarar una llei autonòmica inconstitucional per antiestatutària (STC 36/1981, de 12 de novembre, FJ 4). Més dubtes, a la vista de les consideracions expressades per la majoria, planteja la relació entre les normes estatals i l'estatut, especialment quan es tracta de lleis orgàniques, però també, vist el parer del dictamen que ha obtingut la majoria, d'algunes lleis ordinàries.

La meua discrepància amb l'opinió majoritària se centra sobretot en el fet que, en alguns temes, que tractaré posteriorment, els meus col·legues entenen que l'Estatut no té vigència i fins i tot pot ser apreciat com a inconstitucional si tracta determinats temes que, a parer seu, són objecte d'altres lleis estatals.

En la meua opinió, l'Estatut d'autonomia, en allò que la Constitució li reserva o hi està directament connectat, prima davant de la resta de l'ordenament, tant en el seu vessant de força activa com de passiva. L'Estatut és una norma estatal, d'origen paccionat, de rang orgànic especial, que deroga o deixa sense aplicació, a Catalunya, determinats preceptes de normes anteriors i que, quan és aprovat, resisteix la novació normativa d'altres normes, si no segueixen el procediment expressament previst de reforma estatutària, sempre que l'Estatut o la Constitució excepcionalment i expressa no prevegin altrament.

Per tant, cal veure atentament si la Constitució o el mateix Estatut fan reserves especials. L'abast d'aquestes reserves, juntament amb els efectes que produeixen sobre l'ordenament, constitueixen el principal motiu de la divergència que mantinc amb l'opinió majoritària manifestada pels meus companys consellers.

Al meu parer, cal ser molt caut quan dues normes col·lideixen, especialment, quan una d'elles és un estatut d'autonomia. En aquests supòsits, s'ha de distingir, com apuntàvem anteriorment, el grau de proximitat amb la reserva prevista a la Constitució dels preceptes que presenten una incompatibilitat. O sigui, cal diferenciar quan un precepte pertany al nucli de la reserva constitucionalitzada o, per contra, s'inscriu en la beina o l'embolcall d'aquesta, tant si es tracta d'un estatut o d'una llei orgànica. En d'altres termes, cal diferenciar la reserva absoluta i la reserva relativa, ja que de forma sovintejada la legislació estatal orgànica ha fet un abús de les reserves constitucionals, qüestió sobre la qual també ha cridat l'atenció el Tribunal Constitucional (STC 6/1982, de 22 de febrer, FJ 6; 173/1998, de 23 de juliol, FJ 7, i 124/2003, de 19 de juny, FJ 11).

El Tribunal, quan s'ha trobat davant d'una controvèrsia entre un precepte estatutari i un altre d'una llei que ha considerat emparat per una remissió constitucional, no ha declarat mai la inconstitucionalitat de l'estatut. Per exemple, en un conflicte entre un estatut i la Llei orgànica del Poder Judicial, ha proposat que se'n fes una interpretació conjunta, ha compatibilitzat les dues normes sense rebutjar-ne cap (STC 56/1990, de 29 de març). Aquest supòsit hauria de respondre, al meu parer, al cas que hi hagués una improbable col·lisió entre dos preceptes protegits per una reserva constitucional, un per l'article 147.2 CE i l'altre per l'article 122.1 CE. Ara bé, quan un dels preceptes s'allunya del nucli de la reserva, aleshores hauria de primar aquell que s'inscriu dins de la reserva absoluta, ja que el primer ha envaït un àmbit reservat al segon per la Constitució. Cal donar, doncs, en aquests casos, preferència a la norma que a compleix el mandat constitucional, sigui l'estatut o la llei orgànica de la qual es tracti. Si el precepte estatutari es troba en la situació de precedència, serà inaplicable fins que la norma estatal no es modifiqui, en el sentit que indica l'estatut d'autonomia. En canvi, si cap de les dues previsions es troba dins del nucli de la reserva, aleshores el criteri hauria d'afavorir la major resistència de l'Estatut, d'una banda, si l'altra norma és posterior. O, de l'altra, si és anterior, la força activa de l'Estatut la inaplicaria i obligaria a l'Estat a modificar la norma que hi fos incompatible. El Tribunal Constitucional ha sostingut que qualsevol infracció de la norma estatutària és una infracció de la Constitució (STC 163/1995, de 8 de novembre, FJ 4).

És més, el Tribunal Constitucional, en la línia d'allò que aquí s'exposa, pel que fa a lleis orgàniques respecte de les quals no hi ha una reserva especialíssima, ha declarat que la remissió que la Constitució fa en favor d'una llei orgànica "no es ni puede ser una remisión incondicionada o ilimitada. Antes bien, es obvio que el contenido de esa Ley Orgánica está limitado por los principios y preceptos constitucionales y, entre ellos -aspecto que aquí interesa-, por los que regulan el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas". D'aquesta manera, la Constitució estableix en aquest cas una reserva de llei

orgànica per a la determinació de les competències d'una institució, però "no es una norma atributiva de competencias materiales del Estado, de modo que no altera ni permite alterar el régimen de competencias que se deduce del Título VIII de la Constitución. *La Ley Orgánica que lo desarrolla debe atenerse al mismo y a las normas del bloque de la constitucionalidad correlativas. [...] De ahí que para ello sea preciso acudir a las reglas competenciales que prescriben el Título VIII y los Estatutos de Autonomía que lo desarrollan y complementan*" (la cursiva és meua, a la STC 204/1992, de 26 de novembre, FJ 3).

El raonament de fons del que s'ha dit reposa en l'especial rigidesa dels preceptes estatutaris, en el caràcter materialment constitucional i paccionat del contingut, i en la qualitat de llei estatal del mateix Estatut, tot i provenir generalment d'una iniciativa autonòmica i no estatal. Es tracta, en definitiva, d'una autoimposició estatal d'unes obligacions que l'Estat pot acceptar o no, però que si ho fa queda constret i no pot desempallegar-se'n de forma unilateral, per la qual cosa no tindrà altre remei que respectar l'Estatut que ha aprovat. En paraules de la Constitució, com deia abans, l'Estat reconeixerà i empararà com a part de l'ordenament (art. 147.1 CE). Igualment, segons el Tribunal Constitucional, "la aprobación de los Estatutos de autonomía por Ley orgánica no constituye un simple revestimiento formal de una norma propiamente autonómica sino la incorporación, definitiva y decisiva, de la voluntad del legislador estatal a la configuración de lo que, por su contenido, constituye la norma institucional básica de cada Comunidad autónoma" (STC 99/1986, d'11 de juliol). En el procés d'aprovació d'un Estatut com el de Catalunya hi ha dues voluntats, la territorial i la central, que, de comú acord, poden establir com a objecte de regulació continguts aliens a l'article 147.2 CE, sense envair reserves constitucionals, per la qual cosa aquest contingut no necessari impedeix, sota tatxa d'inconstitucionalitat per antiestatutari, una regulació estatal unilateral en sentit contrari al pactat en l'Estatut.

En conclusió, la regla de l'autonomia funcional és la regla que permetrà resoldre les antinòmies entre els estatuts i la resta de lleis estatals i que té com a conseqüències immediates el desplegament de la força activa i passiva dels estatuts en cas d'incompatibilitat. Per tant, dissenyo de la preeminència, al meu parer exagerada, que s'ha donat per part de la majoria a la legislació estatal unilateral en contra de la virtualitat i eficàcia de l'Estatut, així com al suggeriment que l'Estatut incorpori, mitjançant disposicions addicionals, mandats als poders autonòmics perquè instin la reforma de determinades lleis orgàniques utilitzant els mecanismes prevists a l'ordenament, ja que obvia el caràcter també de legislació estatal del mateix Estatut.

Per tant, la disposició addicional novena de la Proposta de Reforma és, en tot cas, sobrerera o, fins i tot, limitadora dels preceptes estatutaris, però, en cap cas, és inconstitucional, com tampoc no ho són les prescripcions estatutàries que afecten explícitament o implícita i directament o mediata les reserves de llei orgànica o ordinària, com es veurà a continuació.

II

Respecte del títol dedicat al poder judicial, hi ha dues reserves de llei orgànica i una de llei ordinària. Les dues primeres han estat a la llei orgànica del Poder Judicial -en endavant, LOPJ- (art. 122.1 CE) i a la llei orgànica que reguli el Consell General del Poder Judicial -en endavant, LOCGPJ- (art. 122.2 CE), mentre que la segona fa referència a un altre tema, el Ministeri Fiscal (art. 124 CE), que tractarem separatament, en l'apartat següent, per les raons que després direm.

Centrant la nostra anàlisi en els dos apartats de l'article 122 CE, aquests prescriuen:

“1. La llei orgànica del poder judicial determinarà la constitució, el funcionament i el govern dels Jutjats i dels Tribunals, i l'estatut jurídic dels Jutges i dels Magistrats de carrera, els quals formaran un cos únic, i el del personal al servei de l'Administració de Justícia.

2. El Consell General del poder judicial és l'òrgan de govern d'aquest darrer. La llei orgànica n'establirà l'estatut i el règim d'incompatibilitats i les funcions dels seus membres, assenyaladament en matèria de nomenaments, ascensos, inspecció i règim disciplinari.”

En conseqüència, la reserva a llei orgànica s'ha de cenyir a aquests aspectes, però tant la LOPJ com la LOCGPJ han desbordat la reserva constitucional, tractant amb detall aquest i altres aspectes. Per aquest motiu, la reserva constitucional no opera amb plenitud davant dels estatuts d'autonomia.

L'Estatut d'autonomia, per la seva banda, troba ancoratge constitucional per a regular aspectes relatius al poder judicial a l'article 152 CE, si bé tant el legislador estatutari, pel que fa a la distribució de competències, com la legislació autonòmica, no podran superar la previsió de l'article 149.1.5 CE, que reserva la competència sobre l'Administració de Justícia a l'Estat, com si no tingués res a veure amb l'estructura composta de l'Estat.

El Tribunal Constitucional ha matisat aquesta lectura, tot i que de forma molt prudent, en distingir “l'Administració de Justícia” de “l'administració de l'Administració de Justícia” (STC 56/1990, de 29 de març, FJ 6). Així, segons el Tribunal, a la vista del procés d'aprovació dels estatuts i de la Constitució “puede afirmarse que la distinción entre un sentido amplio y un sentido estricto en el concepto de Administración de Justicia no es algo irrelevante jurídicamente. Esta diferencia, presente en toda la organización y regulación de la función jurisdiccional, [...], tiene, al menos, valor para distinguir entre función jurisdiccional propiamente dicha y ordenación de los elementos intrínsecamente unidos a la determinación de la independencia con que debe desarrollarse, por un

lado, y otros aspectos que, más o menos unidos a lo anterior, le sirven de sustento material o personal, por otro". Aquest raonament ha permès que les comunitats autònomes exercissin determinades competències sobre els recursos humans i materials de l'administració de l'Administració de Justícia, entesa aquesta expressió final com el desplegament de la funció jurisdiccional.

Ara bé, l'article 149.1.5 CE és un precepte competencial, no institucional, per la qual cosa la porta que obre l'article 152 CE pot concretar-se a l'Estatut en una sèrie de mandats concrets que, si afecten el nucli dur de la reserva de la LOPJ o de la LOCPJ, caldrà una adaptació d'aquesta per fer-los efectius, però si no afecten l'esmentat nucli dur, l'Estat hauria d'aplicar-los sense esperar una nova llei, ja que l'Estatut cobreix aquesta funció.

D'aquesta manera, l'article 152.1 CE prescriu:

"Un Tribunal Superior de Justícia, sens perjudici de la jurisdicció que correspon al Tribunal Suprem, culminarà l'organització judicial dins l'àmbit territorial de la Comunitat Autònoma. En els Estatuts de les Comunitats Autònomes podran establir-se els supòsits i les formes de participació d'aquelles en l'organització de les demarcacions judicials del territori, tot de conformitat amb el que preveu la llei orgànica del poder judicial i dins la unitat i la independència pròpies d'aquest darrer.

Sens perjudici del que disposa l'article 123 [*que fa referència al Tribunal Suprem*], les successives instàncies processals, en el seu cas, s'esgotaran davant òrgans judicials radicats en el mateix territori de la Comunitat Autònoma en què estigui l'òrgan competent en primera instància."

Aquest article ha de desenvolupar-se de conformitat amb l'article 117.5 CE, que diu:

“El principi d'unitat jurisdiccional és la base de l'organització i del funcionament dels Tribunals.”

Per tant, el límit constitucional el resumeix el Tribunal Constitucional quan diu que el Poder Judicial és únic i el seu govern també ho és (STC 56/1990, de 29 de març, FJ 6). Ara bé, tot preservant la seva unitat essencial hi ha diverses formes de desenvolupament més o menys respectuoses amb l'Estat autòmic, que també és un principi constitucional deduïble de l'article 2 i del títol VIII CE.

En conseqüència, no està vedat als estatuts d'autonomia, i menys als de règim especial, als quals es refereix l'article 152 CE, la regulació d'aspectes relacionats amb l'Administració de Justícia, especialment els relatius al Tribunal Superior de Justícia o a l'òrgan territorialitzat del Consell General del Poder Judicial ubicats a Catalunya, així com amb la forma de participació en la demarcació judicial. El Tribunal va afirmar que l'article 152 “supone una excepción a la regla general que reserva a la competencia exclusiva del Estado la Administración de Justicia (art. 149.1.5 de la CE), cualquiera que sea el alcance que se dé a la expresión ‘Administración de Justicia’, abriendo, además, la posibilidad de asunción de competencias por las Comunidades autónomas al margen del juego de los arts. 148 y 149 de la norma fundamental” (STC 56/1990, de 29 de març, FJ 14).

És més, el Tribunal Constitucional també ha afirmat, en relació amb les clàusules subrogatòries dels estatuts, que aquestes són legítimes (STC 56/1990, de 29 de març, FJ 7) i que s'han d'interpretar a la llum de la Llei orgànica del Poder Judicial i que la seva eficàcia operarà “en tanto no afecten al ámbito reservado a la regulación orgánica, es decir, en tanto no alteren los elementos allí contenidos que puedan reputarse definitorios y esenciales del estatuto del personal” (STC 56/1990, de 29 de març, FJ 10), però sí als que no tinguin aquest caràcter.

D'aquesta forma, en resum, el criteri jurisprudencial ha estat que la Llei orgànica del Poder Judicial i els estatuts d'autonomia configuren una normació composta

que, "lejos de excluirse recíprocamente, se complementan" (STC 56/1990, de 29 de març, FJ 46) i que, en ocasions, les prescripcions estatutàries quedaran posposades a la Llei orgànica del Poder Judicial (STC 10/1982, de 23 de març, FJ 2, reiterat en altres Sentències, com ara la STC 97/1989, de 30 de maig, i 56/1990, de 29 de març).

En definitiva, els articles 37.2; 90.2; 90.3; 90.5; 90.6; 92; 93; 94; 95; 96.1; 96.2; 96.3; 98.1.a, b i k; 98.3; 102.1; 102.2; 103.1 i 103.2 de la Proposta de Reforma es consideren conformes a la Constitució, tot i que raonat d'una altra manera.

III

Amb relació al Ministeri Fiscal, l'article 124 CE diu:

1. El Ministeri Fiscal, sens perjudici de les funcions encomanades a altres òrgans, té la missió de promoure l'acció de la justícia en defensa de la legalitat, dels drets dels ciutadans i de l'interès públic tutelat per la llei, d'ofici o bé a petició dels interessats, vetllar per la independència dels Tribunals i procurar davant ells la satisfacció de l'interès social.
2. El Ministeri Fiscal exerceix les seves funcions per mitjà d'òrgans propis, de conformitat amb els principis d'unitat d'actuació i dependència jeràrquica i subjectant-se, en tot cas, als de legalitat i imparcialitat.
3. La llei regularà l'estatut orgànic del Ministeri Fiscal.
4. El Fiscal General de l'Estat serà nomenat pel Rei, a proposició del Govern, havent estat escoltat el Consell General del poder judicial."

Mentre que l'article 91 de la Proposta de Reforma, sobre el fiscal o la fiscal superior de Catalunya, diu:

- “1. El fiscal o la fiscal superior de Catalunya és el fiscal o la fiscal en cap del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya i representa el Ministeri Fiscal a Catalunya.
2. El fiscal o la fiscal superior de Catalunya és designat pel Govern de l'Estat a partir d'una terna proposada pel Govern.
3. El president o presidenta de la Generalitat ordena la publicació del nomenament del fiscal o la fiscal superior de Catalunya en el Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya.
4. El fiscal o la fiscal superior de Catalunya ha de trametre una còpia de la memòria anual de la Fiscalia del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya al Govern, al Consell de Justícia de Catalunya i al Parlament, i ha de presentar-la davant aquest dins dels sis mesos següents al dia en què es fa pública.
5. Les funcions del fiscal o la fiscal superior de Catalunya són les que estableix l'Estatut orgànic del Ministeri Fiscal, les que determini una llei del Parlament i les que li siguin delegades.”

Aquests dos articles no són contradictoris, ja que la Constitució no impedeix una regulació estatutària com la transcrita. A més a més, a diferència del que s'ha dit abans respecte del Poder Judicial, el Ministeri fiscal no gaudeix de l'emparament d'aquest, ja que si bé és un òrgan que hi coopera, no en forma part. Diverses són les teories sobre la seva adscripció, però la seva vinculació al Poder Judicial no és orgànica, sinó que la majoria de la doctrina opina que la Constitució ha situat el Ministeri Fiscal com a organisme dependent del Govern.

Això facilita la seva territorialització i adequació a l'Estat autonòmic, a manca de mandat constitucional, per regulació dels estatuts d'autonomia. Aquests no poden contradir la previsió constitucional de respecte als principis d'unitat d'actuació i de dependència jeràrquica, cosa que no succeeix en aquest cas, ja que el fiscal és designat pel Govern de l'Estat (art. 91.2 de la Proposta de Reforma). A més, pel que fa a la reserva de llei prevista en l'article 124.3 CE, aquesta es respecta

expressament per l'article 91.5 de la Proposta. Finalment, el Tribunal té afirmat que una reserva de llei no és atributiva de competències, sinó simplement un mandat al legislador que comporta de forma correlativa una interdicció al govern (entre altres, STC 58/1982, de 27 de juliol, FJ 1).

En conclusió, els apartats segon, tercer i quart de l'article 91 els considero constitucionals, tot i que amb una fonamentació diferent de la de la majoria.

IV

1. Pel que fa al finançament, la Constitució estableix uns principis previstos a l'article 156.1, el qual és tributari de l'article 2 CE, en l'àmbit financer. Aquest article 156.1 CE diu:

“Les Comunitats Autònomes gaudiran d'autonomia financera per a acomplir i exercir les seves competències d'acord amb els principis de coordinació amb la Hisenda estatal i de solidaritat entre tots els espanyols.”

Així, s'estableix el principi d'autonomia financera, en sintonia amb el reconeixement d'autonomia de les nacionalitats i regions (art. 2 CE), d'acord amb el principi de coordinació “amb” la hisenda estatal, que expressa el principi constitucional d'unitat de l'Estat (art. 2 CE), amb l'existència d'una Hisenda general (STC 14/1986, 31 de gener; i 175/1985, 19 de desembre) i el principi de solidaritat entre els espanyols, que recull el principi de solidaritat entre comunitats autònomes (art. 2 CE) i que, a parer del Tribunal, no justifica mesures unilaterals d'intervenció estatal (STC 63/1986, de 21 de maig). Sobre el principi de solidaritat, l'article 138.1 de la Constitució hi afegeix que:

“L'Estat garanteix la realització efectiva del principi de solidaritat consagrat en l'article 2 de la Constitució i vetllarà per l'establiment d'un equilibri econòmic adequat i just entre les diverses parts del territori espanyol [...]”

L'autonomia financera de les comunitats autònomes implica, segons el Tribunal Constitucional, la plena disponibilitat dels seus ingressos “sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión, para poder ejercer las competencias propias y, en especial, las que se configuran como exclusivas” (entre d'altres, STC 63/1986, de 21 de maig i 192/2000, de 13 de juliol, FJ 7), així com també un poder tributari propi (STC 289/2000, de 30 de novembre, FJ 3). Aquesta autonomia financera suposa, a parer del Tribunal Constitucional, “la propia determinación y ordenación de los ingresos y gastos necesarios para el ejercicio de sus funciones” (STC 179/1987, de 12 de novembre, FJ 2), sense contradir que l'article 133.1 CE diu que “La potestat originària per a establir els tributs correspon exclusivament a l'Estat mitjançant una llei”.

A banda d'aquests principis, podem assenyalar un principi de delegació o col·laboració, previst a l'article 156.2 CE, quan diu que:

“Les Comunitats Autònomes podran actuar com a delegats o col·laboradors de l'Estat en la tasca de recaptació, gestió i liquidació dels recursos tributaris d'aquest, d'acord amb les lleis i els Estatuts.”

2. Els estatuts d'autonomia apareixen, com no podia ser d'una altra manera, d'acord amb els paràmetres constitucionals de caràcter obert i principal que suggereix l'Estat autonòmic, com la norma de desplegament del sistema de finançament autonòmic, en virtut de l'autonomia financera que la Constitució reconeix. Els límits són els fixats a la Constitució i, en aquest camp, també la Constitució s'ha “desconstitucionalitzat” en favor del estatuts d'autonomia, a diferència del que succeeix en dret comparat. Aquest és el tret diferencial i característic de l'Estat de les autonomies: per a comprendre el model hem

d'interpretar conjuntament la Constitució i els estatuts d'autonomia, a partir de la subordinació d'aquests als principis constitucionals.

L'Estatut d'autonomia es també "un instrumento que permite hacer compatible esa autonomía financiera con la exigencia de asegurar la necesaria coordinación con la Hacienda estatal y la solidaridad entre todos los españoles que el art. 156.1 de la Constitución impone" (STC 181/1988, de 13 d'octubre, FJ 7). En aquest sentit, segons la Constitució, l'esmentat article 156.1, citat literalment abans, diu que les Comunitats Autònomes exerciran les seves competències d'acord amb els principis de coordinació amb la Hisenda estatal. Vull destacar que la Constitució afirma "de coordinació amb", no "coordinats per". "Anar" coordinats és ben diferent de "ser" coordinats. La primera expressió implica una major autonomia que la segona, matís que no té prou en compte el Dictamen del qual discrepo, tot i que la majoria accepta, en l'àmbit financer, que "la coordinació també es pot aconseguir mitjançant mecanismes bilaterals" (Fonament X, punt 7), com estableix el vigent Estatut d'autonomia de Catalunya. Per això, les relacions Estat comunitat autònoma són, amb la Constitució a la mà, fonamentalment bilaterals, cosa que no treu instruments de col·laboració i participació voluntaris amb l'Estat i les altres comunitats autònomes.

El fonament de la bilateralitat, també en l'àmbit financer, es troba en la funció constitucional de l'Estatut d'autonomia, sense descurar un mínim grau d'homogeneïtat que hi ha d'haver en el sistema de finançament autonòmic sobre la base del respecte dels principis constitucionals. Aquests són el límit. La majoria del Consell enfoca el Fonament X d'una forma massa condicionada pel sistema general de finançament, oblidant l'existència d'altres models, com els de quota (de conveni o de concert) que també han de respectar els principis constitucionals. Per això, la jurisprudència que la majoria cita s'inscriu dins del sistema general, quan constitucionalment no hi ha cap mandat perquè Catalunya se situï dins d'aquests paràmetres.

En conseqüència, a vegades s'accepten noves limitacions no imposades per la Constitució sinó per la legislació unilateral de l'Estat. Això explica, per exemple, la cita, que reproduïm, a la STC 68/1996, de 18 d'abril, FJ 9. S'hi afirma: "habilitar la intervenció unilateral del Estado en este ámbito competencial a fin de alcanzar un mínimo grado de homogeneidad en el sistema de financiación autonómico, orillando así la dificultad que habría supuesto que *dicho sistema quedase exclusivamente al albur de lo que se decidiese en el procedimiento de elaboración de cada uno de los Estatutos de Autonomía*. Su función no es, por tanto, como es obvio, la de establecer una reserva de Ley Orgánica en cuya virtud cualquier aspecto atinente al nutrido grupo de recursos autonómicos enumerados en el art. 157.1 CE requiriese ineludiblemente una norma de tal rango, sino sencillamente *permitir que una Ley Orgánica -la actual LOFCA- pudiese insertarse en el bloque de la constitucionalidad* delimitador del concreto alcance de las competencias autonómicas en materia financiera" (la cursiva és meva). D'aquesta cita, vull cridar l'atenció en el fet que el Tribunal dóna per fet el caràcter configurador dels estatuts d'autonomia respecte llur model de finançament, ja que no vol que resti "exclusivament" a les corresponents decisions estatutàries.

A més, la introducció de la Llei orgànica de finançament de les comunitats autònomes (en endavant, LOFCA), norma potestativa com veurem, en el bloc de la constitucionalitat es fa per completar la distribució de competències en el sistema de finançament, general o especial, tot i que aquest darrer en queda exclòs per la mateixa llei, no per la Constitució, així com també les comunitats del sistema general presenten excepcions, com també veurem més endavant.

Igualment cal precisar que la cita de la majoria a l'article 149.1.14 CE no s'ajusta prou bé al seu context constitucional. D'acord amb una interpretació sistemàtica allò que ens diu l'article és solament que es reserva a l'Estat la "Hisenda general" i res més. No s'ha de projectar sobre altres títols, ni descontextualitzar. Per tant, les comunitats autònomes no poder assumir competències relatives a la hisenda general de l'Estat, però sí poden assumir competències financeres pròpies i

disposar d'un poder tributari i hisenda propis, d'acord amb allò que es diu a l'article 157 CE, sobre el qual hi tornarem més endavant.

I finalment, com seguidament hi farem esment, jurisprudencialment s'ha elaborat un principi de concordança entre estatuts i la LOFCA, que és expressió de la doctrina de la STC 76/1983, de 5 d'agost, segons la qual no hi ha cap llei entre la Constitució i els estatuts d'autonomia.

3. En efecte, la remissió que la Constitució fa a una llei orgànica és potestativa i, a més, és per uns temes determinats. L'article 157.3 CE diu:

“L'exercici de les competències financeres enumerades en l'anterior apartat 1, les normes per a resoldre els conflictes que poguessin sorgir i les possibles formes de col·laboració financera entre les Comunitats Autònomes i l'Estat podran ser regulades per mitjà d'una llei orgànica.”

L'article 157.3 CE es limita expressament al contingut de l'article 157.1 CE, és a dir, l'exercici de competències financeres relacionades amb recursos, a banda d'allò que cita també explícitament l'apartat 3: normes per resoldre els conflictes i les possibles formes de col·laboració financera. D'aquesta manera la LOFCA és un punt de referència per a determinar l'extensió i els límits de l'autonomia financera de les comunitats autònomes (STC 179/1987, 12 de novembre, FJ 2), cosa que haurà de conjuminar-se amb les prescripcions estatutàries, com diu la mateixa LOFCA i el Tribunal Constitucional (LOFCA i Estatut d'autonomia són bloc de constitucionalitat aplicables en aquest àmbit financer, STC 181/1988, de 13 d'octubre, FJ 4).

En aquest sentit, la LOFCA, en la seva disposició final, segons el redactat inicial i inalterat des del 1980, diu que:

“Las normas de esta Ley serán aplicables a todas las Comunidades Autónomas, debiendo interpretarse armónicamente con las normas contenidas en los respectivos Estatutos.”

I el Tribunal Constitucional, quan ha tractat temes sobre els quals hi podia haver alguna discrepància entre la LOFCA i les regulacions estatutàries, ha refermat la concepció anterior. El Tribunal no ha declarat mai cap estatut d'autonomia com a inconstitucional i, en canvi, ha clamat per una interpretació que salvi les possibles contradiccions entre estatuts d'autonomia i LOFCA, de manera que aquesta s'ha d'interpretar harmònicament amb les normes dels respectius estatuts d'autonomia (STC 85/1984, de 26 de juliol, FJ 3; 181/1988, de 13 de desembre, FJ 3; i, més matisadament, STC 233/1999, de 13 de desembre, FJ 11) o, altrament, no tindria aplicació a la comunitat autònoma en la qual hi ha una incompatibilitat estatutària, com es desprèn dels antecedents (punt 5) de la Sentència 85/1984, de 26 de juliol, i de la Sentència 58/1982, de 27 de juliol, FJ 1. O, fins i tot, més rotundament, “el sistema [...] regulat [...] [a la] LOFCA podrà ser considerat conforme a la Constitució sempre que [...] no vulneri [...] les competències que el mateix Estatut d'autonomia [...] preveu [...]” (STC 192/2000, de 13 de juliol, FJ 5).

Igualment, la LOFCA preveu un seguit de disposicions addicionals que exclouen diverses comunitats autònomes de les seves previsions, d'una forma general o parcial. Així, la disposició final primera reconeix un sistema per a Euskadi, la disposició addicional segona un altre per a Navarra, la disposició addicional quarta un règim peculiar per a les Illes Canàries i la disposició addicional cinquena, afegida per LO 3/1996, de 27 de desembre, sengles règims especials per a Ceuta i Melilla.

En aquest sentit, la LOFCA no petrifica un model normatiu únic, perquè la Constitució admet sistemes de finançament autonòmic diferents, de forma que “en función de decisiones políticas del legislador (orgánico y ordinario) estatal,

con la participación que en él corresponda a las Comunidades autónomas” s’anirà establir un model (STC 192/2000, de 13 de juliol, FJ 10) o un per a cada comunitat, ja que la Constitució, si es respecten els seus principis, no ho prohibeix, a pesar de les dificultats pràctiques que es puguin presentar i que hauran de ser superades mitjançant instruments de col·laboració.

D’aquesta forma, part de la doctrina entén que la LOFCA és una norma “reactiva”, és a dir, que reacciona davant dels canvis que introdueixen els estatuts d’autonomia a través dels procediments de reforma que preveuen, en els quals hi ha constitucionalment prescrita una intervenció estatal. Segons aquest parer, la LOFCA va ser possible perquè el dret a l’autonomia no s’havia generalitzat quan es va dictar. En aquest sentit, s’afirma que constitucionalment no es pot admetre la reforma unilateral per part de l’Estat del bloc de la constitucionalitat. En qualsevol cas, en la relació entre estatuts i lleis orgàniques, la LOFCA està en una posició més feble que altres lleis estatals, com ara la Llei orgànica del Poder Judicial que examinava abans, com ha estat assenyalat doctrinalment.

En fi, la meua discrepància se centra fonamentalment amb el sentit i l’operativitat que s’ha de donar a l’Estatut d’autonomia i a la LOFCA; així com a la relació entre les dues normes. D’aquesta manera em separo totalment de l’afirmació que fa el Dictamen, en la síntesis de la seva doctrina (Fonament X, punt 9), segons la qual “c) La Constitució situa en un lloc rellevant una llei orgànica (la LOFCA) per tal de coordinar el sistema (art. 157.3 CE)”. Aquesta afirmació no resumeix el que el Dictamen ha dit abans, ni tampoc se suporta en l’esmentat precepte constitucional, ja que col·laborar (que és el terme citat a l’art. 157.3 CE) és molt distint de coordinar, que, com hem insinuat, tampoc és una funció atribuïda a l’Estat unilateralment. Aquesta rellevant diferència de criteri es projecta sobre l’articulat de la Proposta i sobre les esmenes examinades cosa que fa, consegüentment, que la conclusió entre la majoria i el meu parer sigui parcialment oposat.

En conclusió, al meu parer, ni l'opció de fons de la previsió de reforma estatutària, títol VI rubricat "Del finançament" (que comprèn de l'article 196 al 216 i resumit, amb precisió per la majoria, en el Fonament X, punt 10, del Dictamen), ni tampoc la del model alternatiu (que plantegen les esmenes 358 a 364) són contradictoris, al meu parer, amb els principis constitucionals exposats, tot i que cal fer encara un estudi més detallat article per article.

4. Concretament, sobre l'articulat de la Proposta i les esmenes, la majoria s'ha pronunciat per la constitucionalitat del text articulat, llevat d'uns preceptes dels quals farem esment a continuació, i per la inconstitucionalitat de gran part de les esmenes que proposen un nou pacte fiscal, que examinarem en el apartat següent.

a) Al meu parer, d'una banda, l'article 198.2 de la Proposta de Reforma és també constitucional interpretat en la seva literalitat, ja que el seu primer incís, diu:

"La Generalitat té la capacitat normativa i la responsabilitat fiscal sobre tots i cadascun dels impostos estatals suportats a Catalunya, i també la participació en els seus rendiments, sens perjudici de les competències que corresponen a les Corts Generals i a les institucions europees".

Hi ha doncs tres conceptes determinats: *la* capacitat normativa, *la* responsabilitat fiscal i *la* participació en els rendiments, precedits per l'article determinat "la" que no pot implicar en aquest cas l'exclusió de l'Estat, ja que, a continuació, es diu "sens perjudici de les competències que corresponen a les Corts Generals". És evident, doncs, que, a pesar de la redacció inapropiada, l'article 133.1 de la Constitució no resulta vulnerat. Per tant, no entenc que, un cop assenyalat el sentit constitucionalment correcte del precepte, per contra, es declari inconstitucional per la majoria, tot i que expressament el Dictamen, avalat per la majoria, digui: "si bé permet altres interpretacions" (Fonament X, punt 10.B.a). En aquests supòsits cal considerar el precepte constitucional, si bé sotmès a una

interpretació que no el faci incompatible amb la Constitució. En aquest sentit, l'estimació d'inconstitucionalitat s'ha de reservar per als casos en què no hi ha cap interpretació que possibiliti una lectura constitucional i, per tant, no ha de proposar-se el rebuig d'inconstitucionalitat quan hi ha interpretacions constitucionals alternatives.

b) I, d'altra banda, l'incís final de l'article 200 també és constitucional ja que preveu un percentatge que no ha de ser superior a una determinada xifra, però pot ser inferior. Així la part final de l'article diu:

"A aquest efecte, s'ha d'establir el percentatge de participació que correspongui a l'Estat en els diferents impostos cedits parcialment. Aquest percentatge no ha d'ésser en cap cas superior al 50%".

De manera que no s'imposa un nombre exacte, com sosté la majoria, i res no impedeix, la Constitució no en fa cap referència, que la LOFCA, en el seu cas, ho respecti o, fins i tot, ho introdueixi. En aquest sentit, no he trobat en el Dictamen (Fonament X, punt 10.B.b), quin és l'article constitucional vulnerat, en el qual es fonamenti la inconstitucionalitat estimada.

És més, un repàs als estatuts d'autonomia vigents ens posa en relleu que hi ha diverses disposicions que estableixen percentatges expressats com a límits màxims sobre el rendiment de determinats tributs (i altres sense topall) i no han estat declarats inconstitucionals, ja que obeeixen a un pacte de la comunitat autònoma amb l'Estat sancionat en l'Estatut d'autonomia corresponent. Així, les disposicions addicionals primeres de l'Estatut de Castella-La Manxa, del de Múrcia, del de La Rioja, del de Cantàbria, del d'Astúries, del d'Extremadura, del de Galícia, del de Madrid, i del de Castella i Lleó; les disposicions addicionals segones de l'Estatut de les Illes Canàries i del d'Aragó; la disposició addicional tercera del de Balears i la disposició addicional sisena del vigent de Catalunya, tot i que es tracta d'unes disposicions "desestatutitzades".

5. Finalment, respecte al sistema que conformen les esmenes 356 a 372 a la Proposta de Reforma, cal afegir que un repàs al debat constituent sobre l'article 157 ens alerta que, malgrat que no és excessivament il·lustratiu, les esmenes dels parlamentaris bascos, que no triomfaren, en el seu moment, pretenien constitucionalitzar el sistema de concert, sense limitar-ho a les províncies basques (senadors Unzueta i Bajo, el 13 de setembre i 4 d'octubre de 1978, respectivament), o bé regular el finançament de les comunitats autònomes en els estatuts d'autonomia que són lleis orgàniques, sense que calgui acudir a una altra llei d'aquest rang.

En aquest sentit, i d'acord amb el que s'ha anat exposant al llarg d'aquest vot particular, el model alternatiu que configuren les esmenes precitades és constitucionalment possible, tot i que alguna de les esmenes precisa d'una interpretació ajustada a la Constitució, ja que altrament pot presentar dubtes de constitucionalitat.

Així, per citar uns exemples, dels que certament es pot extrapolar les consideracions generals fetes anteriorment, la majoria entén que es crea, per l'esmena 358, una hisenda pròpia sense referència a les potestats normatives estatals. Es tracta d'una qüestió d'autoorganització que no té per què, en bona tècnica legislativa (que la Proposta de Reforma ha generalitzat), citar contínuament tots els articles constitucionals que han de tenir-se en compte. Si no hi ha una vulneració flagrant s'han d'entendre que els preceptes estatutaris, subordinats com estan a la Constitució, els respecten i si sembla que no és així caldrà cercar una interpretació de les moltes possibles que determini la seva constitucionalitat. Aquesta tasca interpretativa és la que he trobat a faltar en aquesta part del Dictamen.

Pel que fa a l'esmena 359, s'estableix un sistema bilateral basat en el pacte que la Constitució no prohibeix, ja que sistemes semblants, com ara els aplicats a Euskadi i Navarra, no han estat declarats inconstitucionals pel Tribunal

Constitucional per no respectar els principis establerts a la norma fonamental, ni tampoc estan preservats a aquests territoris, com hem vist per la disposició final de la LOFCA que fa altres excepcions de contingut divers.

Respecte l'esmena 371 no és inconstitucional en establir la competència exclusiva de la Generalitat en matèria de finançament local, interpretat sistemàticament amb els articles 105 i 155 de la Proposta de Reforma, ja que de l'article 142 CE no se'n deriva una competència reservada a l'Estat, ni directament de cap altre article de la Constitució. El citat implícitament per la majoria, l'article 149.1.14 CE, fa cap a la hisenda general, però no a la hisenda local.

6. En qualsevol cas, el sistema dissenyat a la Proposta de Reforma o el conformat per les esmenes citades implicarà la modificació de la LOFCA, en el sentit d'incorporar una disposició que exclouï aquesta llei de la seva aplicació a Catalunya en allò que sigui incompatible amb les previsions estatutàries, com ha estat exposat. Per aquesta raó, no subscriu el parer majoritari segons el qual "el model que defineix un Estatut d'autonomia ha de poder ser generalitzable, és a dir, susceptible de ser integrat en el model que estableixi finalment la LOFCA" (Fonament X, punt 5). Amb independència que siguin tècnicament generalitzables o no, aquest no és un criteri constitucional, sinó d'oportunitat política, ja que la LOFCA –tal com he exposat reiteradament- permet excepcions i la Constitució no planteja un model únic general per a totes les comunitats autònomes, sinó uns principis bàsics que han de ser respectats.

V

1. Per últim, hi ha temes que també es podrien portar a col·lació en tant que l'articulat de la Proposta de Reforma pot incidir en lleis estatals de caràcter orgànic o ordinari, com fa de recordatori la disposició addicional novena en referenciar un seguit de normes que s'han de modificar, segons diu, "per a donar

efectivitat plena al que estableix aquest Estatut". Del nostre parer, que ja ha estat exposat a bastament, se'n dedueix que la referida disposició addicional és sobrera, ja que els preceptes estatutaris, per regla general, tenen preferència davant d'altres lleis, necessitant de complement normatiu quan les prescripcions siguin insuficients o hi hagi una remissió estatutària específica. Un cas apart, com hem dit i exposat, són les superposicions entre el "nucli dur" d'una reserva constitucional i la regulació estatutària, tret de les genèriques previsions constitucionals.

2. En qualsevol cas, esmentarem les previsions estatutàries en matèria electoral i la incidència sobre la Llei orgànica 5/1985, del 19 de juny, de règim electoral general; així com a la Llei orgànica 2/1986, de 13 de març, de forces i cossos de seguretat, que encara no hem tractat; mentre que altres lleis no són significadament afectades o, fins i tot, malgrat ser mencionades en la disposició addicional novena, com s'assenyala en el Dictamen (Fonament XI, 2.F i G), no haurien d'haver estat citades. A totes aquestes no en farem cap referència. Tampoc no en farem cap a totes aquelles que la Proposta d'Estatut remet a una llei estatal concreta o s'aconsella en el Dictamen que així es faci (per exemple, Fonament XI, 2.H), ja que es tracta d'una remissió semblant a la que podria fer-se a una llei autonòmica.

a) No hi ha cap article de la Proposta de Reforma, al meu parer, que sigui incompatible directament amb l'article 81.1 CE en el qual es diu que la llei electoral general ha de ser llei orgànica, o amb les referències de l'article 70 CE a una llei electoral (art. 70.1 i 2 CE). Això demostra que la Constitució fa una remissió genèrica sense determinar-ne un contingut mínim. Només ha de ser "electoral general". Novament el Tribunal Constitucional ha intervingut avalant l'extensió de la legislació orgànica específica, quan el criteri expressat respecte d'altres lleis orgàniques ha estat més restrictiu. De totes maneres, a l'efecte que a nosaltres ens interessa, cal referir-nos als articles 54.4, 72 i 187 de la Proposta de

Reforma, els dos primers sense cap mena de declaració específica i el tercer apreciat inconstitucional pel Dictamen.

L'article 68.6 CE referit a les eleccions del Congrés de Diputats exigeix que aquestes es realitzin entre els trenta i els seixanta dies després de l'acabament del mandat. Essent aquest el referent constitucional, no s'entén prou bé, d'acord amb criteris estrictes de constitucionalitat, per què una restricció del període, de quaranta a seixanta dies (segons es preveu als art. 54.4 i 72 de la Proposta de Reforma), pugui tenir dubtes de constitucionalitat (per envair preceptes orgànics, com sembla manifestar-se en el Fonament XI, 2.D), quan s'exposen les dificultats pràctiques de fer-ho en menys de 54, d'acord amb les previsions actuals de la llei electoral general precitada. Al meu parer aquesta no és una qüestió reservada a llei orgànica i l'Estatut ho pot regular de forma correcta, tot i que ha de preveure els problemes de la seva aplicació.

Sobre l'article 187 de la Proposta de Reforma, expresso la meua opinió favorable al precepte conjuntament amb els Srs. Bassols i Camps en el vot particular que hem presentat junts.

b) Un cas diferent és la possible afectació de la Llei orgànica 2/1986, de 13 de març, de forces i cossos de seguretat, ja que la Constitució s'hi refereix de forma velada pel que fa a la distribució de competències i l'article 163.2.b de la Proposta de Reforma se circumscriu a l'àmbit competencial, concretament a la matèria de seguretat pública. L'article 149.1.29 CE afirma que és competència reservada a l'Estat la "Seguretat pública, sens perjudici que les Comunitats Autònomes puguin crear policies en la forma que els respectius Estatuts estableixin dins el marc del que disposi una llei orgànica", essent aquesta llei orgànica l'esmentada. Tanmateix, "l'expedició de la documentació oficial i del passaport" a què es refereix l'article 163.2.b és una funció policial, però no una "forma de creació de policia autonòmica" que és la menció constitucional específica, protegida per la reserva. En conseqüència, d'acord amb les consideracions precedents, en el cas

estudiat caldrà una adaptació de la Llei orgànica de forces i cossos de seguretat, perquè l'Estatut, si és aprovat en la forma prevista com a Proposta de Reforma, així ho estableix.

En conclusió, l'article 163.2.b primera part és constitucional, malgrat el parer contrari del Dictamen.

Barcelona, 3 de setembre de 2005

Vot particular que formula el conseller senyor Jaume Camps i Rovira, a l'empara de l'article 50 del Reglament provisional d'organització i funcionament del Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya, al Dictamen núm. 269, emès en data 1 de setembre de 2005, al qual s'adhereix el conseller senyor Agustí M. Bassols i Parés.

I

El present vot particular pretén expressar la meva respectuosa discrepància respecte a la inconstitucionalitat que propugna el Dictamen, amb relació al primer paràgraf de la disposició addicional novena de la Proposta de Reforma. Abans d'entrar en el judici de constitucionalitat del precepte, entenc que cal fer unes consideracions generals.

1. Al Fonament I del Dictamen es diu que el Consell "d'acord amb la funció institucional que li correspon, ha dut a terme un judici de constitucionalitat sobre els preceptes, esmenes i vots objecte d'examen, sense entrar a valorar la seva

oportunitat, i sense ponderar el grau de major o menor adequació a la Constitució de les diverses solucions que en ocasions ofereixen els preceptes, esmenes i vots a una mateixa qüestió". Tot i coincidir amb aquesta afirmació, es fa necessari realitzar unes consideracions sobre la filosofia que, de forma ben explícita, com comentaré, inspira l'encàrrec del Dictamen per part del legislador estatuent. Al meu parer, se'ns demana no tant que ens constituïm en vetlladors de la intangibilitat de la Constitució espanyola sinó, més aviat, que informem, al legislador català, si la Proposta de Reforma s'ha extralimitat i contradiu la Constitució. I per això, ens cal restar amatents, en la nostra tasca interpretativa, a la *mens legis*, i també a la *mens legislatoris* que inspiren la Proposta de Reforma, atès que ambdues es projecten en els preceptes sobre els quals hem de dictaminar.

Això em porta a parlar, en primer lloc, sobre el judici crític del legislador català arran de la praxi aplicativa de l'Estatut d'autonomia vigent i els efectes de la Proposta de Reforma en l'àmbit interpretatiu.

El legislador estatuent pretén aixecar el sostre estatutari, ampliant el contingut de les matèries competencials regulades al vigent Estatut i aprofundir en la delimitació del marc competencial, per tal d'assolir majors cotes d'autogovern. Ho fa perquè, al seu entendre, el pacte constituent sorgit de la transició política que es delimita en els continguts de la Constitució i de l'Estatut d'autonomia de Catalunya, segons el que entén la majoria del Parlament de Catalunya, ha quedat d'alguna manera desvirtuat per la manca de desenvolupament de les potencialitats jurídiques que es podien extreure de la diferenciació constitucional entre nacionalitats i regions.

Com a conseqüència d'aquesta apreciació –que òbviament no puc ni vull valorar-, la cambra catalana ha fet un judici crític sobre la *praxi* aplicativa dels vint-i-cinc anys de vigència de l'actual Estatut, considerant que, poc o molt, han anat minvant les expectatives d'autogovern que podien derivar de l'Estatut vigent.

Segons el parer del legislador estatuent, i de bona part de la doctrina iuspublicista catalana, les dites potencialitats han quedat reduïdes per diverses causes, entre les quals destaca la que és objecte del present vot particular. Parlo de l'extensió, a voltes abusiva, del concepte de les lleis bàsiques i orgàniques, a l'empara d'una jurisprudència constitucional casuística sovint favorable a la conservació de les normes estatals impugnades, d'acord amb un principi no escrit dels tribunals constitucionals (*in dubio pro lege*).

Les consideracions anteriors van assolir especial rellevància al Parlament de Catalunya a través de la Comissió d'estudi per a l'aprofundiment de l'autogovern, creada per Resolució del Ple de la cambra, en sessió de 14 de desembre de 2001 (document de la Comissió d'estudi per a l'aprofundiment de l'autogovern, BOPC número 366, de 5 de desembre de 2002, que recull la totalitat de l'informe).

Una simple lectura de la "valoració del desenvolupament de l'Estat de les autonomies i de l'Estatut d'autonomia de Catalunya" que conté l'esmentat informe, evidencia les mancances que aprecia el legislador estatuent en l'aplicació de l'Estatut d'autonomia, les quals pretén superar amb la Proposta de Reforma objecte del Dictamen.

Em limitaré a recordar els objectius generals adoptats majoritàriament per la Comissió d'estudi per a l'aprofundiment de l'autogovern:

- "- Ampliar i activar les competències de la Generalitat i determinar-ne amb precisió l'abast.
- Reforçar la posició de la Generalitat com a part de l'Estat.
- Institucionalitzar la presència de la Generalitat en la Unió Europea i en l'àmbit de les relacions internacionals.
- Garantir el ple reconeixement del principi de plurinacionalitat de l'Estat.
- Millorar el funcionament de les institucions de la Generalitat.
- Ampliar el reconeixement dels drets i deures dels ciutadans de Catalunya".

Els esmentats objectius tenen també el seu reflex en la Proposta de Reforma, que modifica un dels dos eixos del bloc de constitucionalitat – òbviament, em refereixo a l'Estatut d'autonomia de Catalunya- i, en conseqüència, entenc que aquest vot particular ha de modular-se arran d'aquesta substitució de l'eix estatutari, en el sentit que, de resultar aprovat per les Corts Generals, comportarà, previsiblement, una novació en la jurisprudència del Tribunal Constitucional. Això té una directa conseqüència interpretativa: no podem considerar la jurisprudència del Tribunal Constitucional petrificada, a remolc dels paràmetres vigents, atès que la Proposta de Reforma, un cop aprovada, els modifica i en correspondència lògica també s'hi adaptarà el Tribunal Constitucional.

Això ens obliga a acollir, al meu entendre, en el context del judici d'adequació constitucional, aquella interpretació que, tot respectant la Constitució espanyola, millor pugui aixoplugar les formulacions concretes que es regulen en la Proposta de Reforma. No cal recordar que serà en definitiva l'acceptació de les Corts Generals, en l'*iter* legislatiu previst a la Constitució i a l'Estatut d'autonomia de Catalunya, la que ens dirà si la Proposta de Reforma és assumida o no, tenint en compte criteris d'oportunitat política i de constitucionalitat.

Per això, entenc que a l'hora d'emetre el judici de constitucionalitat cal superar la dialèctica del *da mihi factum, dabo tibi ius* perquè, si bé la tasca interpretativa ha de seguir ancorada en la CE (que no pot quedar afectada), en canvi, ja no ha de preservar l'EAC vigent (perquè la Proposta de Reforma el substitueix i per tant el modifica). Tampoc, la interpretació que ens cal fer, pot restar presonera de forma rígida de la jurisprudència del Tribunal Constitucional dictada fins avui (perquè, com deia, previsiblement serà modulada en el futur arran de la Proposta de Reforma, en cas de la seva aprovació).

2. El que acabo d'exposar implica acollir amb flexibilitat la doctrina del Tribunal Constitucional, i recordar les diverses ocasions en les quals ha adoptat unes

determinacions, sense descartar que altres interpretacions també serien possibles, i en cap cas podrien ser titllades d'inconstitucionals. El Tribunal Constitucional ha dit, en diversos supòsits, que una determinada interpretació feta pel legislador estatal era constitucional, però que això no obstava al fet que també, dins dels paràmetres de la constitucionalitat, es pogués donar cobertura a d'altres interpretacions també constitucionals.

Certament, la Proposta de Reforma ha de respectar les competències estatals de l'article 149.1.1 CE i, en concret, aquell nucli que no admet interpretacions diverses, però, a la vegada -per exemple en la delimitació d'allò que és bàsic-, podrem trobar àmbits materials que confronten dos títols competencials. La doctrina ha posat sovint l'exemple dels horaris comercials respecte de les competències d'ordenació general de l'economia i de comerç interior. És en aquests supòsits on la Proposta de Reforma entenc que vol i pot formular concrecions novedoses, diferents de les fins ara acceptades pel Tribunal Constitucional, i, per això, és perfectament viable innovar els paràmetres de constitucionalitat a l'espera dels previsibles i futurs canvis en la jurisprudència del Tribunal Constitucional.

Nombroses són les ocasions en què el Tribunal Constitucional ha habilitat possibles interpretacions diferents de les que estableix en un determinat pronunciament, com per exemple en la Sentència 22/1999, de 25 de febrer, en explicitar que l'opció escollida pel legislador estatal no és pas l'única possible des del punt de vista constitucional.

En aquest mateix sentit es pronuncia la Sentència del Tribunal Constitucional 233/1999, de 13 de desembre, en fonamentar diversos recursos d'inconstitucionalitat que tenen per objecte la Llei 39/1988, de 28 de desembre, reguladora de les hisendes locals.

També ho fa la Sentència del Tribunal Constitucional 105/2000, de 13 d'abril, en judicar la Llei orgànica 6/1985, 1 de juliol, del Poder Judicial, al Fonament Jurídic 5.

Així mateix, cal tenir en compte que el Tribunal Constitucional evita enjudiciar les formulacions de les concretes opcions legislatives. Per exemple, la Sentència 96/2002, de 25 d'abril, que declara la inconstitucionalitat i consegüent nul·litat de la disposició addicional vuitena de la Llei 42/1994, de 30 de desembre, de mesures fiscals, administratives i d'ordre social, ens recorda en el seu Fonament Jurídic 7 "[...] Aunque el legislador goza de un amplio margen de libertad en la configuración de los tributos, no correspondiendo a este Tribunal enjuiciar si las soluciones adoptadas en la ley son las más correctas técnicamente [...]".

O la Sentència 192/2000, de 13 de juliol, que declara: "correspondiendo a la libertad de configuración del legislador la opción de definir según estimaciones de oportunidad aquí irrevisables, la cuantía, concepto y límites concretos de tales inversiones [...]. A este respecto, hemos de insistir en que la función de este Tribunal no consiste en pronunciarnos sobre el sistema más adecuado de financiación [...]".

Cal, a la vegada, recordar que la jurisprudència del Tribunal Constitucional abona, també, que el legislador estatal pugui limitar la seva pròpia legislació bàsica a l'establiment de principis generals, i no abusi de la connexió entre matèries competencials per envair el camp de les autonòmiques. No es tracta que el Tribunal Constitucional hagi impedit l'ampliació de les bases estatals, com sovint ha esdevingut, però no s'ha estat de considerar que aquesta només era una de les solucions possibles, i per tant, era tant constitucional com l'anterior.

En el mateix sentit la Sentència 149/1991, de 4 de juliol, en acceptar l'autolimitació del legislador estatal la seva titularitat sobre el domini públic maritimoterrestre.

També, la Sentència 127/1994, de 5 de maig, explica:

"Estas razones son las que nos llevan a declarar que la calificación de la televisión como servicio público esencial se encuentra dentro de las potestades del legislador en su libertad de configuración normativa,

convirtiéndose en una de entre las varias opciones constitucionalmente lícitas”.

En definitiva, la jurisprudència constitucional que hem abordat – òbviament, a tall d'exemple– evidencia que el legislador pot optar per tècniques reguladores perfectament constitucionals, però això no significa que altres solucions també ho siguin. Per això, en fer el judici de constitucionalitat de la Proposta de Reforma, crec que cal acollir amb la major flexibilitat els criteris interpretatius que es desprenen de la jurisprudència apuntada.

3. Voldria ara argumentar també que la Constitució espanyola no estableix directament l'organització territorial de l'Estat i, per això, l'Estatut esdevé norma no tan sols interpretativa sinó també aplicativa de la Constitució.

Coincideixo amb el Fonament I del Dictamen en què la Constitució es diferencia dels models federals més típics en remetre a normes específiques, alienes al seu títol VIII, la definició precisa del reconeixement de l'autonomia territorial i el seu contingut competencial. Són, en efecte, els estatuts d'autonomia, en funció del que s'ha anomenat “principi dispositiu”, els instruments normatius a través dels quals es reconeix l'autonomia i se'n fixa el seu abast.

De fet, quan el Tribunal Constitucional parla “del marc constitucional que cal respectar”, està indicant, tan sols, el límit material de l'actuació estatutària que es deriva de les previsions de l'article 149.1 CE, però el que aquest article en cap cas no imposa els criteris i les formes com la Generalitat pot “assumir” les competències.

Per tant, a l'hora de fer el judici de constitucionalitat, cal tenir present que la Proposta de Reforma trenca amb la tècnica fins ara utilitzada -i a voltes considerada com l'única viable– de redactar el contingut competencial mitjançant uns enunciats molt genèrics. En efecte, el legislador estatuent planteja formulacions precises i detallades, que permeten concretar l'abast de les diferents competències per tal de protegir-les dels diferents topalls que, al seu entendre,

havien produït una progressiva minoració de les potencialitats de l'Estatut d'autonomia vigent.

Arran de la nova tècnica legislativa emprada, convé fer esment que, al meu entendre, l'Estatut és quelcom més que una norma interpretativa de la Constitució espanyola, ja que també es constitueix com l'eina aplicativa essencial del text constitucional. Aquí cal recordar el debat jurídic encetat al voltant de la Llei orgànica d'harmonització del procés autonòmic (LOHPA) que va resoldre la STC 76/1983, de 5 d'agost. Al meu entendre, arran de l'esmentada Sentència, el legislador estatal no pot dictar normes amb l'objecte exclusiu de fixar l'únic sentit, entre els diversos possibles, que cal atribuir a un determinat concepte o precepte de la Constitució.

D'això cal inferir que els estatuts, "com a instruments de naturalesa 'paraconstitucional' o, amb major precisió, 'subconstitucional'", -segons els qualifica el Dictamen-, no tan sols poden interpretar la Constitució, sinó fins i tot desenvolupar-la i projectar la seva aplicació concreta en cadascun dels àmbits de l'autonomia territorial.

Segons el parer majoritari de la doctrina iuspublicista catalana, el FJ 4 de la STC 76/1983 habilita al legislador estatutari a actuar més enllà de l'estricta paràmetre dels poders constituïts, i ho fa, a més, en els viaranys que corresponen al poder constituent, concretant les previsions constitucionals, amb l'únic topall de no entrar en contradicció amb el seu contingut. És a dir, amb l'únic límit que implica no desnaturalitzar els efectes que raonablement es desprenen dels conceptes jurídics utilitzats a la Constitució espanyola.

El potencial estatutari abasta, doncs, a definir l'àmbit "material" i "funcional" de les competències i és, al meu entendre, per això que la Proposta de Reforma opta per la identificació més precisa i detallada de les matèries competencials apurant els límits de l'article 149.1 CE. Indubtablement, el legislador català pretén donar més coherència als títols competencials, minvant els problemes interpretatius que fins ara es deriven de la relació amb altres competències. A banda de les majors garanties i seguretat jurídica que es pretén donar al

contingut de les clàusules competencials, la dita tècnica legislativa permet abastar possibles àmbits d'exclusivitat, que fins ara restaven menystinguts per connexió amb els àmbits competencials de l'article 149.1 CE.

En aquest ordre d'idees, em sembla oportú acollir flexiblement la possibilitat que estableix la Proposta de Reforma, a l'hora de delimitar espais d'exclusivitat competencial que pretenen excloure la intervenció de l'Estat. En definitiva, és aquest l'esperit que cal deduir de la prevalença del dret estatal en tot allò que no hagi estat atribuït a la competència exclusiva de la Comunitat Autònoma, segons l'article 149 apartat 3 CE.

Si fins aquí he comentat el potencial estatutari en la definició de l'àmbit "material" de les competències, cal ara predicar-ho, de forma anàloga, en relació amb l'element "funcional". Res no impedeix que la Proposta de Reforma estableixi el contingut i l'abast de les funcions inherents a les competències assumides, salvant el límit del marc constitucional. De fet, la indefinició en l'abast dels conceptes "competència bàsica" i "legislació" viabilitzen aquest propòsit, que fins ara ha estat portat a terme a través de la jurisprudència constitucional, partint de la indeterminació de la Constitució espanyola davant del silenci de l'Estatut d'autonomia de Catalunya, sobre la configuració del dit abast. La Proposta de Reforma pretén, al meu parer, minvar el concepte expansiu de les "bases" que anul·la, de facto, el marge autonòmic de decisió legislativa pròpia. Tan sols quan el legislador estatuent ho ha estimat indefugible, s'ha acollit a la disposició addicional novena que és objecte del present vot particular.

4. Cal abordar, com a conseqüència del que fins ara he exposat, el marge d'incidència de la Proposta de Reforma sobre les competències de l'article 149.1 CE, i analitzar la posició del Tribunal Constitucional al respecte.

La pretensió enunciada al paràgraf anterior sembla evident en diversos preceptes dels continguts a la Proposta de Reforma, això sens perjudici de l'obligada remissió a les disposicions addicionals, i en concret al que es regula a la disposició addicional novena.

Òbviament, el TC no ha pogut pronunciar-se sobre l'enunciada potencialitat estatutària, en l'exercici de la funció constitucional que cal atribuir als estatuts. Malgrat tot, crec que la consideració que m'he permès exposar troba fonament en tres sentències cabdals: la Sentència 214/1989, de 2 de desembre, la Sentència 140/1990, de 20 de setembre i la Sentència 109/1998, de 21 de març, que mereixen un breu comentari:

a) STC 214/1989: El Tribunal Constitucional fa una interessant comparació de l'àmbit competencial en matèria de creació de comarques entre el règim català i el gallec, i contempla el tractament diferenciat que la Llei de bases de règim local, estableix per a la Generalitat de Catalunya. Les precisions de l'Estatut d'autonomia al seu article 5.1, que configuren la comarca com a entitat necessària de la nostra organització territorial, a diferència de Galícia, porten el Tribunal Constitucional a extreure'n dues conseqüències importants. L'Estatut ubica la comarcalització en l'àmbit de la matèria d'autoorganització institucional, i no pas en la matèria de règim local. En un segon paràmetre, es confirma la constitucionalitat d'unes bases estatals asimètriques que cal conferir a la Generalitat de Catalunya, les quals dimanen de l'especificitat estatutària catalana, i per això el Tribunal Constitucional habilita un tracte diferencial respecte de les altres comunitats autònomes.

b) STC 140/1990: el Tribunal reconeix a Navarra (LORAFNA), la facultat de limitar les competències bàsiques de l'Estat, quan l'Estatut acota l'abast de les bases a un punt concret de la matèria (en el cas que ens ocupa, els drets i les obligacions essencials dels funcionaris públics).

La modulació estatutària, en aquest ordre d'idees, permet reduir els efectes de la competència bàsica estatal al nucli dur mínim i indispensable (drets i obligacions), de l'article 149.1.18 CE. Vet aquí un nou exemple de la legitimitat constitucional que empara els estatuts per completar el resultat final de la distribució de competències.

c) STC 109/1998: en aquest cas, el Tribunal no tan sols fa una declaració general sobre la potencialitat reguladora dels estatuts, sinó que, a més, viabilitza un supòsit específic ja previst a l'Estatut d'autonomia de Catalunya.

L'esmentada doctrina general és prou diàfana:

"[...] por más que con la atribución al Estado de la competencia para establecer las bases se persiga 'una regulación normativa uniforme y de vigencia en toda la Nación' (por todas STC 1/1982, FJ 1), no empece en absoluto a dicha noción el hecho de que, junto al régimen básico aplicable a la generalidad de las Comunidades Autónomas, coexistan situaciones particulares; aunque como es palmario, estas excepciones precisan ineludiblemente, bien de una expresa habilitación constitucional (STC 214/1989, FJ 26), bien – como sucede en nuestro caso– de un específico anclaje estatutario." (FJ 5)

La jurisprudència constitucional analitzada permet atribuir a la Proposta de Reforma no tan sols un valor de complement constitucional del que ja disposen els estatuts vigents, sinó la possibilitat d'estendre aquesta potencialitat.

Afanyem-nos a recordar que no es pot menystenir la virtualitat de la jurisprudència citada pel fet que la STC 214/1989 i la STC 140/1990 es fonamentin en l'especificitat que es deriva dels drets històrics dels País Basc i de Navarra. Més enllà que la STC 214/1989 admet l'especificitat en el cas català, sense apel·lar als drets històrics (tractament específic del procés de comarcalitzador català), tampoc la STC 109/1998 no té anclatge en els drets històrics, sinó que es limita a fonamentar la seva *ratio decidendi* emparant-se en el règim especial previst a l'Estatut d'autonomia de Catalunya. Tot això, em permeto dir-ho, sens perjudici que la fonamentació de determinades competències en els drets històrics és perfectament aplicable a Catalunya, segons s'exposa en el vot particular que formulao juntament amb els consellers Srs. Agustí M. Bassols i Jaume Vernet.

Quedi clar ja des d'ara que de tot el que fins ara hem exposat, cal concloure que la Proposta de Reforma –més enllà del contingut de la disposició addicional novena-, ha de poder matisar la funció general de les "bases" en funció de les específiques previsions normatives que conté. Aquesta consideració no desvirtua en cap terme el principi general de "denominador comú normatiu" de les bases. Això sí, la vigència d'aquest principi general només mantindrà la seva funció en aquells àmbits de la regulació bàsica sobre els quals no es projecti l'excepció, o singularitat estatutària. En definitiva, cal tenir en compte que el potencial asimètric que conté la Proposta de Reforma no pot ser objectat en el pla jurídic, amb independència d'eventuals valoracions de caire polític, sobre les quals ni puc ni vull incidir.

II

Fetes aquestes consideracions generals, em dispenso a abordar el judici de constitucionalitat que mereix el contingut de la disposició addicional novena de la Proposta de Reforma.

1. Començaré per analitzar la relació entre la Proposta de Reforma i les lleis orgàniques estatals com a fonamentació de la plena constitucionalitat de la disposició addicional novena.

Al Fonament I del Dictamen s'examina la inadequació de la Proposta de Reforma – i en general dels estatuts– com a instruments per reformar les lleis orgàniques estatals. Al meu parer, aquesta afirmació mereix algunes matisacions.

En efecte, la majoria del Consell aborda aquesta qüestió inclinant-se per la tesi que les reserves de llei orgànica s'han de considerar de forma independent del contingut dels estatuts, fins al punt de donar més rellevància a l'abast teòric i potencial d'aquelles reserves per sobre de les determinacions estatutàries. Tal

com he dit, no podria compartir aquesta tesi sense modulacions importants, per dos motius essencials:

- En primer lloc perquè la Constitució no estableix normalment un atermenament clar i definit de les reserves de llei orgànica, i d'això se'n desprèn l'existència d'un cert grau de flexibilitat i adaptabilitat de l'abast d'aquestes reserves. Només cal recordar, en aquest sentit, la doctrina de les matèries "connexes" per posar en evidència aquesta qüestió.

- En segon lloc –i aquest em sembla un element fonamental- perquè no és possible aplicar un criteri de separació entre dues peces ordinamentals que formen part del mateix sistema constitucional: no es pot considerar-los "compartiments estancs". En aquest sentit, val a dir que les reserves de llei orgànica no poden ser enteses al marge de les regles de distribució de competències que estableixin la Constitució i els estatuts, quan reconeixen i desenvolupen el principi d'autonomia territorial.

En funció d'aquestes consideracions cal destacar que el Tribunal Constitucional ha matisat l'abast de les reserves de llei orgànica a les regles materials de distribució de competències establertes per la Constitució i per l'Estatut. A tall d'exemple, es pot citar la doctrina continguda en la Sentència 137/1986, de 6 de novembre, segons la qual:

"[...] Por todo ello, la delimitación de competencias que establece el artículo 149.1.30 entre el Estado y las comunidades autónomas cuyos estatutos hayan operado a partir de este concepto, no podrá establecerse, sin más, tomando como parámetro el texto formalmente aprobado en 'desarrollo' de los derechos enunciados en el artículo 27 de la Constitución. Para alcanzar el deslinde competencial es necesaria una indagación material que permita identificar cuáles de entre las disposiciones contenidas en la ley orgánica, encierran 'normas básicas para el desarrollo del artículo

27', porque solo son ellas, respecto de estas comunidades, las que marcan el límite infranqueable para las disposiciones autonómicas”.

D'acord amb aquesta doctrina, resulta que la reserva de llei orgànica queda supeditada a les regles materials de distribució de competències, i en conseqüència ha de ser interpretada i aplicada en funció d'aquestes. Aquesta conclusió té un especial relleu en el cas que ens ocupa, atès que és precisament l'Estatut la norma encarregada per la Constitució de la tasca delimitadora de les competències assumides per la Generalitat dins el marc constitucional (art. 147.2.d CE). En conseqüència, l'actuació de la Proposta de Reforma, a l'hora de la determinació precisa del que he anomenat "atermenament" competencial, no troba el seu límit principal en les reserves de llei orgànica, sinó en les competències que l'article 149.1 reserva a l'Estat. Dit d'altra manera, les reserves de llei orgànica només poden condicionar la tasca estatutària en la mesura que el seu contingut pugui ser considerat com el nucli necessari d'una competència estatal o bé desenvolupi l'anomenat "nucli dur" de la finalitat constitucional per a la qual s'ha previst aquest tipus de llei. Mentre la Proposta de Reforma respecti aquests límits, la funció constitucional dels estatuts, a l'hora de delimitació de competències, s'ha de considerar prevalent, i per tant amb la capacitat de situar i condicionar l'exercici del poder legislatiu, inclòs l'orgànic, dins dels paràmetres que determini l'Estatut. Això vol dir que serà en funció del contingut de la norma estatutària i no pas a la inversa, com s'hauran d'interpretar les reserves de llei orgànica, sense que sigui assumible un plantejament que consideri com a límit de l'Estatut tot allò que podria ser susceptible de relació o connexió amb la reserva de llei orgànica.

2. El criteri interpretatiu que fins aquí s'ha defensat hauria de ser aplicable en tots aquells supòsits en els quals es pugui constatar que la matèria regulada a l'Estatut té relació amb l'àmbit material de l'autonomia (especialment els aspectes competencials). Que, en segon lloc, el tractament estatutari respecti les competències de l'Estat de l'article 149.1 CE. I, en tercer lloc, si escau, respecti

també el "nucli dur" o contingut indisponible que d'acord amb la Constitució hagi de determinar el contingut mínim de la reserva de llei orgànica.

Les consideracions anteriors esdevenen encara més rellevants en aquells supòsits en els quals la Constitució no preveu una reserva "absoluta" de llei orgànica, sinó tan sols condicionada. Aquest és el cas, per exemple, de l'Administració de justícia o de la seguretat pública, supòsits en els quals la reserva de llei orgànica ha de coexistir, pacíficament, amb les previsions estatutàries, d'acord amb el que expressament estableixen els articles 152.1 i 149.1.29 CE. El Dictamen d'aquest Consell Consultiu núm. 155, de 9 de febrer de 1989, ja es va pronunciar respecte d'aquesta qüestió, entenent que en aquests supòsits cal garantir un àmbit de regulació estatutària que les lleis orgàniques no poden desconèixer, a l'hora de desenvolupar la seva pròpia funció legislativa. Cal concloure que aquesta doctrina té especial relleu a l'hora d'enjudiciar la constitucionalitat de la disposició addicional novena de la Proposta de Reforma i dels diversos preceptes sobre els quals es projecta l'esmentada disposició addicional.

3. El que fins ara s'ha exposat encara té més transcendència en els supòsits en els quals la llei orgànica és només "potestativa". Aquest és el cas de la LOFCA, dictada a l'empara de l'article 157.3 CE, el qual no determina l'existència d'una reserva de llei orgànica en sentit necessari o indefugible, i això permet l'existència d'un espai notòriament ampli per a l'actuació de l'Estatut i, per tant, de la Proposta de Reforma, sobretot quan la Constitució no fixa directament un model concret de finançament i la regulació de la hisenda autonòmica pot ser pacíficament considerada com a matèria estatutària, atès que afecta els recursos i mitjans econòmics necessaris per a l'exercici de les competències. En aquest punt, he de fer remissió expressa al contingut del vot particular formulat pel conseller Sr. Agustí M. Bassols, i jo mateix, en el qual s'aborda essencialment la temàtica del finançament.

4. En un altre ordre d'idees, l'experiència aplicativa de l'Estatut d'autonomia vigent ha palesat notòries interferències sobre el règim competencial de la Generalitat de Catalunya arran de la utilització, al meu entendre, abusiva del títol competencial regulat a l'article 149.1.1 CE. En efecte, la delimitació entre els aspectes essencials dels drets i deures la regulació dels quals correspon a l'Estat, i l'exercici de les competències autonòmiques que es projecten poc o molt sobre aquests drets i deures, no hauria de quedar enterbolida per la doble intervenció estatal que fins aquí he comentat, és a dir, la derivada de les lleis orgàniques i la genèrica i excepcional de l'article 149.1.1 CE.

5. Dit tot això, crec que es pot ratificar la constitucionalitat de la disposició addicional novena globalment considerada, i cal entrar en l'anàlisi del seu contingut detallat per concloure que el precepte, inclòs el seu primer paràgraf, és plenament constitucional. Tanmateix, afegiré uns raonaments més específics, avançant que em permetran, amb tot el respecte, discrepar del parer del Dictamen segons el qual el primer paràgraf o encapçalament de la disposició addicional novena és inconstitucional.

a) Més enllà del millor o pitjor encert del legislador estatuent que pugui trobar-se en la redacció de l'esmentat paràgraf primer de la disposició addicional novena (apreciació que no em correspon), s'estableix amb claredat que l'efectivitat de la Proposta de Reforma comportarà la modificació "en els aspectes que calgui" de les lleis orgàniques que s'enumeren en la mateixa disposició. Sembla evident que el legislador condiona l'eficàcia dels "preceptes estatutaris corresponents" a la necessària modificació de les lleis orgàniques que en la seva actual redacció ho impedirien.

L'argumentació favorable a la plena constitucionalitat d'aquest primer paràgraf de la disposició addicional novena mereix una afirmació a tall de pòrtic: la Proposta de Reforma en aquest precepte no pretén mandatari l'Estat, en qualsevol forma imperativa, a reformar les lleis orgàniques vigents.

El Dictamen de la majoria, en canvi, formula una interpretació inversa, que al meu entendre és errònia. Gosaria dir que la disposició addicional novena en el seu primer paràgraf, i en el llistat de lleis orgàniques sobre el qual es projecta, constitueix el que es podria qualificar de recordatori a l'Estat del fet, per altra banda obvi, segons el qual la Proposta de Reforma (el nou eix estatutari) comporta la lògica necessitat d'adaptar les lleis orgàniques estatals que pugnin amb el seu contingut.

Si, com encertadament es manté en el Dictamen (per totes les ocasions el F I, B.4), l'Estatut i, per tant, la Proposta de Reforma és una llei paccionada, cal entendre que serà l'Estat, a l'hora de recepcionar favorablement la nova proposta estatutària catalana, qui acollirà positivament la conseqüència lògica que es desprèn d'aquella acceptació. Si l'Estat accepta les noves especificitats del pacte estatutari, haurà de procedir unilateralment a adaptar les seves pròpies lleis orgàniques –cal dir-ho un cop més– com a simple conseqüència –si se'm permet, per pura coherència– de la lliure acceptació i de l'acolliment favorable del nou escenari estatutari, per part de les Corts Generals.

En aquest ordre d'idees, *ad limine litis*, es podria arribar a la conclusió que, fins i tot, la mateixa disposició addicional novena podria esdevenir sobrerada, perquè baldament és només l'Estat qui té la facultat, i li correspon –si vol– modificar les seves pròpies lleis orgàniques per adaptar-les al nou pacte que proposa el legislador estatuent.

No ens trobem, doncs, al meu entendre, davant de cap mandat imperatiu a l'Estat. Podríem parlar, en tot cas, d'un "automandat" que les Corts Generals s'imposen, i que tan sols dimana de la seva lliure acceptació del nou escenari proposat pel legislador català i a bastament negociat prèviament en l'iter legislatiu previ a l'aprovació per part de les mateixes Corts Generals.

b) Malgrat tot el que fins ara s'ha exposat, no pot considerar-se inadequat, constitucionalment parlant, formular la relació de les lleis orgàniques que a l'entendre del legislador estatuent poden resultar afectades per la Proposta de Reforma, entre d'altres raons perquè de la modificació de les esmentades lleis orgàniques en depèn l'eficàcia de diversos preceptes continguts en la Proposta de Reforma. En aquest ordre d'idees es pot considerar no pas indefugible com postula el Dictamen, però sí adequat, procedir a l'enumeració dels preceptes de cadascuna de les lleis orgàniques que hauran de ser objecte de modificació, per tal de fer viable la vigència i plena eficàcia dels correlatius articles de la Proposta de Reforma. Segons el meu parer, aquesta enumeració pot considerar-se una mesura cautelar preservadora del principi de seguretat jurídica.

c) A títol d'*obiter dicta* en l'argumentació en favor de la plena constitucionalitat del primer paràgraf de la disposició addicional novena, voldria posar de relleu el que, al meu respectuós entendre, constitueix una certa incoherència interpretativa del Dictamen, a l'hora de fer el judici de constitucionalitat de dues disposicions addicionals que guarden evident connexió, en el sentit que només mitjançant les mateixes es viabilitza l'eficàcia de nombrosos preceptes de la Proposta de Reforma. M'estic referint, òbviament, a la disposició addicional novena en el seu primer paràgraf que el Dictamen considera inconstitucional, en comparació amb el

tractament favorable que fa el mateix Dictamen en favor de la constitucionalitat de l'apartat 2 de la disposició addicional tercera.

En efecte, el Dictamen de la majoria considera que la dita disposició addicional tercera té perfecte encaix constitucional, a condició que en el seu apartat 2, que apel·la a l'aplicació de l'article 150.2 CE, per a l'efectivitat de l'exercici de les noves competències estatutàries previstes a l'apartat 1 de la mateixa disposició addicional tercera s'eviti "imposar a l'Estat" una de les dues vies previstes a l'article 150.2 CE, és a dir, la transferència o la delegació. En aquest sentit l'apartat 2 de la disposició addicional tercera no tindria cap dubte de constitucionalitat si enlloc de referir-se a transferència, es referís també de delegació conferint, per tant, a l'Estat la potestat que li correspon d'escollir qualsevol de les dues vies per cedir a les comunitats autònomes determinades competències estatals. Malgrat que vaig acceptar el parer de la majoria atès que coincidia, en definitiva, amb la plena constitucionalitat de la disposició addicional tercera, no em va semblar d'especial gruix jurídic el dubte de constitucionalitat que es desprenia de la unívoca menció de la via de la "transferència". En efecte, malgrat l'evident diferència en el pla teòric, de fet, l'única distinció pràctica entre la transferència i la delegació pot concretar-se en el fet que aquest darrer instrument incorpora les facultats de control per part del delegant. Tanmateix, en aquest sentit, seria possible una delegació de competències per part de l'Estat en la qual aquest renunciés sobiranament, o no exercís les facultats de control que de manera facultativa i no pas obligatòria es preveuen a l'article 150.2 CE.

En definitiva, tan la via de la transferència com la de la delegació coincideixen en l'únic tret essencial: la reversibilitat de la competència -transferida o delegada- en favor de l'Estat, quan aquest lliurement ho decideixi. Per tot això, al meu parer, pot semblar un pèl exagerada la contundència de la clàusula interpretativa de l'últim paràgraf de l'apartat 1 del Fonament XII del Dictamen. Sincerament penso

que un més modest suggeriment de correcció de l'error tècnic hauria tingut els mateixos efectes salutífers en pro de la constitucionalitat del precepte.

d) Però més enllà dels comentaris expressats al paràgraf anterior, sorprèn que la menció de l'apartat 2 de la disposició addicional tercera "l'assumpció efectiva de les competències [...]" no tingui cap obstacle constitucional i, en canvi, sí que els pugui tenir la fórmula força similar que utilitza –amb millor o pitjor fortuna- el legislador estatuent al primer paràgraf de la disposició addicional novena que estic comentant. En efecte, si per "donar efectivitat plena..." i, en definitiva, perquè els preceptes estatutaris "siguin plenament eficaços" es diu que s'han de modificar les lleis que enumera. Aquestes mencions em semblen bastant similars a les que formula el redactat de l'apartat 2 de la disposició addicional tercera. En aquest cas es tracta de l'assumpció efectiva de determinades competències... i, en l'altre, de donar efectivitat plena als preceptes de la reforma. En definitiva, entenc respectuosament que de la millor o pitjor fortuna en la redacció del primer paràgraf de la disposició addicional novena no se'n poden deduir dubtes de constitucionalitat, de la mateixa forma que una similar redacció, en el cas de l'apartat 2 de la disposició addicional tercera, no ha merescut (amb raó) cap taxa d'inconstitucionalitat.

e) El que fins ara s'ha exposat no obsta a la conclusió –basada en les consideracions prèvies formulades-, segons la qual la Proposta de Reforma planteja un nou escenari estatutari que *prima facie* mai pot ser titllat d'inconstitucional, atès que, en definitiva, són les Corts Generals i, per tant l'Estat, els qui hauran d'acceptar l'esmentat nou escenari. I, per tant, -diguem-ho un cop més- hauran també d'extreure'n les conseqüències lògiques de la seva acceptació positiva, és a dir: la reforma de les lleis orgàniques que pugnin contra el contingut del nou pacte estatutari.

D'acord amb les anteriors consideracions estimo que el paràgraf primer de la disposició addicional novena de la Proposta de Reforma és perfectament constitucional, i si és innecessari fer una interpretativa amb relació a les lletres *a*, *b*, *c*, *d*, *f* i *g* d'aquesta disposició addicional novena (F XII.2 del Dictamen).

Barcelona, 3 de setembre de 2005

Joaquim Borrell i Mestre, conseller-
secretari del Consell Consultiu de la
Generalitat de Catalunya,

CERTIFICO que el present exemplar és còpia
autèntica de l'original, el qual és a l'arxiu al
meu càrrec.

Barcelona, 5 de setembre de 2005

Vist i plau
El president

Joaquín Tornos i Mas