

VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado Ramón Rodríguez Arribas, respecto de la Sentencia del Pleno de 28 de junio de 2010, dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 8045/2006.

En el ejercicio de la facultad que nos confiere el art. 90.2 de LOTC y con pleno respeto a la opinión de la mayoría, expreso mi discrepancia con la Sentencia por las razones que fundo en las siguientes consideraciones.

1ª.- Necesidad de formular voto particular discrepante.

Este es el voto particular que menos he deseado tener que formular; la importancia y trascendencia de las numerosas y complejas cuestiones planteadas en relación con el nuevo Estatuto de Cataluña demandaban una Sentencia clara, bien fundada, que preservara los principios y valores constitucionales y que contara con los máximos apoyos posibles, incluida la deseable y difícil unanimidad; a obtener esta última, o al menos una mayoría reforzada, se dedicaron intensos esfuerzos y se empleó mucho tiempo, pero desgraciadamente no me fue posible compaginar aquella finalidad con los otros fines preferentes, porque ninguna consideración puede imponerse sobre aquellos criterios jurídico-constitucionales asumidos en conciencia a la hora de adoptar una decisión jurisdiccional en el seno de cualquier tribunal y, naturalmente, también en el Tribunal Constitucional; después, cuando se constató que realmente no cabía ya esperar una Sentencia por el procedimiento ordinario y el tiempo exigía que el Tribunal la dictara sin más espera, reclamé, insistentemente, la aplicación del procedimiento de votación subsidiario del art. 254 de la LOPJ, aplicable por la remisión del art. 80 de la LOTC, solución que acabó adoptándose, pero con una fórmula que no me permitió tampoco adherirme, porque hacerlo me suponía quebrar lo que me exigían mis convicciones jurídico-constitucionales; esa misma exigencia es la que me lleva ahora a hacer pública mi discrepancia con la Sentencia de la mayoría.

Cuanto antecede trata de anticipar, de manera general, las causas de que, a pesar de desearlo e intentarlo sinceramente, al final no me ha sido posible sumarme a la opinión de la mayoría, hacia cuyos criterios se reitera el máximo respeto, el mismo que espero recibir, ya que si no nos es permitido exigir a los demás que compartan nuestra opinión, tampoco puede nadie hacerlo con quienes creemos firmemente otra cosa distinta y en algunos casos opuesta.

2ª.- Las discrepancias.

Mis discrepancias afectan a los fundamentos jurídicos y al Fallo y las encuentro fundamentalmente en la insuficiencia de las declaraciones de inconstitucionalidad, y también en las interpretaciones conformes, porque, paralelamente, creo que algunas deberían ser inconstitucionalidades, lo que hubiera permitido excluir a aquellas que, por su carácter más incisivo y su distanciamiento del sentido normal del precepto enjuiciado, podrían exceder de los límites que la propia jurisprudencia del Tribunal ha puesto a las interpretaciones de acomodación de una norma legal a la Constitución.

En otros casos, como veremos, también entiendo insuficientes las interpretaciones conformes, bien porque considero necesario añadir algunas más, bien porque, en algún concreto supuesto, su formulación necesita rectificaciones o adiciones clarificadoras, pero es que, además, se ha dado un importante paso atrás, porque las interpretaciones conformes ya no figuran en el Fallo, como llegó a aceptarse mayoritariamente, con acierto, y ni siquiera se recogen ahora en un Fundamento Jurídico último y conclusivo, como también se propuso y llegó a aceptarse con práctica unanimidad, después ignorada en la última ponencia, sino que ahora las interpretaciones están desperdigadas entre cientos de folios, en los fundamentos jurídicos correspondientes, situación que dificulta la labor del intérprete y lo que es más importante, la información de los ciudadanos, con lo que se ha rebajado la fuerza expresiva del Fallo.

Tampoco se ignora que la fórmula de desechar aquella o aquellas interpretaciones de un precepto legal que se declaran contrarias a la Constitución o fijar la única que es conforme a la misma, presenta problemas de efectividad jurídica y práctica, como sucedió, de forma paradigmática, en la STC 108/1986, de 29 de julio, sobre la impugnación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en lo concerniente a la elección de los Vocales judiciales del Consejo General del Poder Judicial, en la que éste Tribunal declaró que “... el precepto impugnado es susceptible de una interpretación conforme a la Constitución y no impone necesariamente actuaciones contrarias a ella”, refiriéndose al riesgo de que las Cámaras “a la hora de efectuar sus propuestas, olvidan el objetivo perseguido y, actuando con criterios admisibles en otros terrenos, pero no en este, atienden solo a la división de fuerzas existentes en su propio seno y distribuyen los puestos a cubrir entre los distintos partidos, en proporción a la fuerza parlamentaria de estos”, pues, a pesar de esta clara admonición, esta distribución de puestos por “cuotas” es lo que se ha venido haciendo, desde el principio, en el Parlamento.

Sin embargo, también es verdad que, en aquella Sentencia, esa fórmula interpretativa no se llevó al Fallo, ni directa ni indirectamente, limitándose éste a declarar la constitucionalidad de la norma impugnada, desestimando completamente la pretensión anulatoria. Por el contrario, en la Sentencia que nos ocupa, y como se acaba de poner de manifiesto, figuran en el Fallo las referencias a las interpretaciones conformes, precepto por precepto, y además, contenidas en un punto de dicho Fallo inmediatamente anterior al que establece la desestimación del recurso de inconstitucionalidad “en todo lo demás”, lo que equivale a una declaración de estimación parcial de la parte correspondiente del recurso, al declarar que “no son inconstitucionales siempre que se interpreten en los términos establecidos en el correspondiente fundamento jurídico que se indica, los siguientes preceptos...”

Ha de reconocerse, por lo tanto, que al hacerse una expresa remisión desde el Fallo a aquellos fundamentos jurídicos, nominalmente señalados, donde ésta interpretación que permite a cada precepto ser constitucional, es un mandato *erga omnes* que, de no ser atendido, conducirá a la inconstitucionalidad de su aplicación.

En conclusión: Aparte de las que afectan a los fundamentos jurídicos y la insuficiencia de las declaraciones de inconstitucionalidad, mis discrepancias con las interpretaciones conformes están en que algunas debían ser declaraciones de inconstitucionalidad plena, otras deberían haber sido redactadas con mayor contundencia y claridad, debieron establecerse algunas más y, en todo caso, llevarse literalmente al Fallo, o al menos al último fundamento jurídico y conclusivo,(al que habría remitido el Fallo).

3.- Límites de las interpretaciones conformes.

En cuanto a los límites de las interpretaciones conformes, a los que nos acabamos de referir, hemos de decir que el Tribunal Constitucional puede y debe, en aras del principio de preservación o conservación de la ley, interpretar conforme a la Constitución los textos legales que, siendo susceptibles de ser entendidos en sentidos diversos, sólo en alguno o algunos de ellos resulten conciliables con los principios y valores constitucionales.

En virtud del principio de conservación de la ley, este Tribunal ha dicho reiteradamente (STC 111/1993, de 25 de marzo, FJ 8) que sólo cabe declarar la inconstitucionalidad de aquellos preceptos “cuya incompatibilidad con la Constitución resulte indudable por ser imposible llevar a cabo una interpretación conforme a la misma”. Ello implica que, cuando quepa entender una norma cuya constitucionalidad resulta cuestionada en términos tales que hagan desaparecer los

reparos avanzados frente a ella, el Tribunal Constitucional debe consagrar dicho entendimiento realizando una interpretación conforme que habrá de ser aceptada (en cuanto el intérprete último de la Constitución manifiesta que es el único recurso para salvar la validez del precepto) por todos los Jueces y Tribunales que integran el Poder Judicial.

Pero en el desarrollo de su función de intérprete supremo o último de la Constitución el Tribunal Constitucional no puede suplantar al legislador e incluir en el Ordenamiento jurídico preceptos o desarrollos normativos que, en rigor, no responden a la interpretación de los textos legales, sino a la introducción en ellos de contenidos ajenos que los rectifican o alteran.

La posibilidad de imponer una interpretación *secundum Constitutionem* de una norma legal cuestionada requiere como presupuesto inexcusable que dicha interpretación se acomode a las normales pautas hermenéuticas de los textos legales, pues no cabe tratar de reconstruir una norma contra su sentido evidente (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 4). Y ello porque la efectividad del principio de conservación de las normas no alcanza a ignorar o desfigurar enunciados legales meridianos (SSTC 22/1985, de 15 de febrero, FJ5; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 2).

Al hilo del examen de cada precepto se irá señalando en qué casos la interpretación conforme puede exceder de las funciones propias del Tribunal Constitucional y por ello debió declararse la inconstitucionalidad de la norma cuestionada y cuándo la interpretación de aquélla es no solo admisible sino procedente en aras de su conservación.

De cualquier forma no se debe ignorar que, en los casos en que la interpretación conforme, por su alejamiento o incluso contradicción con el texto

legal, pudiera suponer una extralimitación jurisdiccional, porque lo correcto sea la declaración de inconstitucionalidad del precepto cuestionado, los reproches doctrinales o de cualquier otro tipo que pudieran hacerse al Tribunal, no legitiman, ni siquiera justifican o explican, cualquier actitud desobediente a su pronunciamiento.

En conclusión: mis discrepancias con la Sentencia de la mayoría, no es tanto por lo que dice sino más bien por lo que omite, y por aquellas declaraciones y fundamentaciones que considero insuficientes, ambiguas o erróneas.

4ª.- Preámbulo y Título Preliminar: Derechos Históricos, Nación, soberanía y bilateralidad.

Preámbulo

Los Preámbulos, aunque ciertamente no tengan fuerza jurídica normativa y sí solo interpretativa, tienen una importancia que no puede minimizarse, por cuanto reflejan los valores y principios que inspiran el texto legal y por eso discrepo del tratamiento que se ha hecho en la Sentencia de la mayoría analizándolo al hilo de los preceptos afectados por aquellos párrafos cuyo contenido ha sido objeto de impugnación en el recurso. Por el contrario, si se hubiera afrontado de manera directa y preferente el asunto, no se hubiera tenido más remedio que advertir que de la simple lectura del Preámbulo del reformado Estatuto de Cataluña, se desprende de manera literal, que aquellos valores y principios se inspiran en la concepción de una nación catalana, de un pueblo catalán del que emanan los poderes de la Generalidad y de unos derechos históricos que, por preceder a la Constitución española, fundamentan el Estatuto de autonomía y el carácter inalienable del derecho de Cataluña al autogobierno.

Esas concepciones, entendidas como aspiraciones políticas de un partido o de un grupo social, entran dentro de lo que la Constitución, que no consagra una democracia militante, permite en libertad, pero declaradas en el Preámbulo de una ley orgánica aprobada por las Cortes Generales y aunque haya sido también refrendada por los ciudadanos españoles inscritos en el censo electoral de la Comunidad Autónoma catalana, son constitucionalmente inadmisibles, porque para su realización exigirían una reforma constitucional que afectaría, además, a preceptos que equivalen a una revisión total de la Constitución y por lo tanto obligaría, de acuerdo con lo que impone el art. 168 CE, a la aprobación de la reforma por mayoría de dos tercios del Congreso de los Diputados y del Senado, a la inmediata disolución de las Cortes, de nuevo a obtener la misma mayoría cualificada de ambas Cámaras aprobando el cambio constitucional y, finalmente, habría de someterse a *referéndum* de ratificación, en el que tendría que intervenir y pronunciarse de manera decisiva, el pueblo español en su conjunto, en el que reside la soberanía nacional y al que no puede sustraerse, en ningún caso y bajo ningún concepto, tan importantes y graves modificaciones del sistema político de España.

Por otra parte, aunque no exista precedente jurisprudencial, el asunto era tan grave y tan singular que era procedente la declaración de inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de los enteros párrafos del Preámbulo contrarios a la Constitución.

La Sentencia de la mayoría sale al paso del problema declarando, acertadamente, en el punto primero del Fallo, que carecen de eficacia jurídica interpretativa las referencias del Preámbulo del Estatuto de Cataluña a “Cataluña como nación” y a “la realidad nacional de Cataluña”, pero omite lo referente a los “derechos históricos”, aunque incluya después una interpretación conforme, con referencia desde el Fallo, respecto al art. 5 EAC que es completamente insuficiente;

precisamente la ausencia de valor jurídico interpretativo que tienen los párrafos del Preámbulo del Estatuto, que no es por otra causa que la de ser contrarios a la Constitución, tenía que haber llevado a declarar inconstitucionales bastantes más preceptos que los que la Sentencia de la que discrepo expulsa del ordenamiento jurídico y, al menos, utilizar la fórmula de la interpretación conforme en el Fallo para separar el texto de otros artículos de la impregnación inconstitucional que les infunde el propio Preámbulo.

Para comenzar y derivado directamente del carácter contrario a la Constitución de aquellas declaraciones del Preámbulo, además de recogerlo así en el Fallo, hubiera sido necesario declarar la total inconstitucionalidad de dicho art. 5, o al menos de la frase “también en los derechos históricos del pueblo catalán”, como fundamento del autogobierno de Cataluña y del adjetivo “nacionales” del art. 8.1 EAC, referido a los símbolos de la Comunidad Autónoma de Cataluña.

Derechos Históricos

Los invocados “derechos históricos del pueblo catalán” no pueden constituir un añadido (así lo evidencia la palabra “también”) al fundamento de la autonomía de Cataluña, que se encuentra exclusivamente (subrayo lo de exclusivamente) en la Constitución española, en cuyo art. 2º se “reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran”, integración referida a la “indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles”; si se aceptara que existen derechos anteriores a la Constitución y que esta no tenía mas remedio que reconocer, se estaría sugiriendo la nulidad absoluta de la propia Constitución, ya que, conforme ha declarado este Tribunal, todos los derechos, incluidos los que ampara para determinados territorios, nacen con la Constitución misma.

Nación

En cuanto al término Nación, ha de advertirse que dicho concepto jurídico-constitucional no ha suscitado ninguna polémica doctrinal, ni en España ni en ninguna de las doctrinas constitucionales de los países democráticos. En la Constitución española de 1978, la cuestión quedó meridianamente clara en los primeros preceptos de su articulado; así en el art. 2º, que acabamos de citar, se comienza diciendo que “la Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española”, dando al término “unidad” una doble dimensión: la de que no hay más Nación que España, y la de que ha de permanecer unida de manera “indisoluble”.

Esta cuestión también la deja clara en sus fundamentos jurídicos la Sentencia de la mayoría, como no podía ser de otra manera, porque si se admitiera, directa o indirectamente, que dentro del territorio español hay, o podría haber, otras naciones, la Constitución perdería su fundamento y se abriría el camino al desmoronamiento de nuestro sistema político, destrucción que, naturalmente, nunca es instantánea, ni siquiera inmediata, sino fruto de un proceso que el Tribunal Constitucional no podía permitir que se iniciara. La cuestión es de tal importancia, que si se quisiera modificar nuestro edificio institucional introduciendo un cambio tan radical, solo podría conducirse por la vía de la reforma constitucional y nunca de la estatutaria.

No obstante lo declarado a este respecto en la Sentencia de la mayoría, el mantenimiento dentro del ordenamiento jurídico del punto 1, del art. 8 del Estatuto de Cataluña, en lo referente a la adjetivación de “nacionales” de los símbolos de la Comunidad Autónoma, aunque sea con una interpretación conforme, no resuelve el problema, ni desde el punto de vista lógico y hasta gramatical, ni desde el punto de vista jurídico-constitucional: en cuanto a lo primero porque si “provinciales” se refiere a provincia, y “municipales” a municipio, “nacionales” se refiere a nación

y constituye un quiebro semántico referirlo a “nacionalidad”; en cuanto a lo segundo porque el precepto estatutario, por mucho que se quiera maquillar, está en flagrante contradicción con los artículos 1 y 2 de la Constitución.

Soberanía

Otra cuestión insuficientemente resuelta por la Sentencia de la mayoría, es la referente al art. 2.4 EAC, que ni siquiera se lleva a las interpretaciones conformes con llamamiento en el Fallo, cuando la realidad es que lo más ajustado sería incluso la declaración de inconstitucionalidad de la frase “los poderes de la Generalitat emanan del pueblo de Cataluña...”, ya que del entendimiento literal y de la sistemática interpretación con el art. 3 EAC en la parte que dice que “...la Generalitat es Estado”, se puede llegar a la conclusión de que hay poderes del Estado que no “emanan del pueblo español”, sino de una parte de él, contra lo expresamente dispuesto en el art. 1.2 CE; una cuestión que roza con el principio de soberanía nacional debió ser objeto de un tratamiento más riguroso y de, al menos, una interpretación conforme con llamamiento en el Fallo, que dejara claro que los poderes de la Generalidad solo emanan del pueblo de Cataluña, en cuanto este, integrado en el conjunto del pueblo español, está constituido por los ciudadanos españoles inscritos en el censo electoral de Cataluña, y eligen el Parlamento autonómico, del que emanan las instituciones de la Comunidad Autónoma.

Bilateralidad

También pasa inadvertido en el Fallo, de manera difícilmente comprensible, el art. 3.1 EAC, en cuanto proclama que, dentro del “marco político” (según reza el epígrafe del precepto), “las relaciones de la Generalitat con el Estado se fundamentan”, entre otros, en el principio de “bilateralidad”, lo más correcto, incluso en aras de la seguridad jurídica, hubiera sido declarar inconstitucional el

término y en último extremo formular, al menos, una interpretación conforme que dejara claro que solo es una forma de simple cooperación voluntaria y nunca entre iguales, sin que baste que, en cuanto a los efectos prácticos, tales criterios aparezcan al tratar de otros artículos, porque la aparición en el Título Preliminar de una cuestión tan polémica no podía dejarse pasar por alto.

En conclusión: La expresión del carácter contrario a la Constitución de los párrafos del Preámbulo sobre derechos históricos, nación y realidad nacional, debió constar en el Fallo de la Sentencia, junto con la declaración de su carencia de valor jurídico interpretativo y debió declararse además la inconstitucionalidad, al menos, de la frase “también en los derechos históricos del pueblo catalán” del art. 5, del adjetivo “nacionales” referido a los símbolos de Cataluña, del art. 8.1., y formularse, también al menos, interpretaciones conformes con expreso llamamiento desde el Fallo, de la frase “los poderes de la Generalitat emanan del pueblo de Cataluña” del art. 2.4 y del término “bilateralidad” del art. 3.1.

5ª.- Las lenguas cooficiales.

Principios

Esta cuestión merece tratamiento aparte y sobre ella ha de comenzarse recordando principios elementales: en primer lugar, los idiomas son para los seres humanos y no al contrario, porque solo estos y no las lenguas pueden ser titulares de derechos. De otro lado, la Constitución, al definir el Estado social y democrático de derecho, impone “la libertad” como el primero de los “valores superiores de su ordenamiento jurídico” y lo hace en el artículo 1 de su Título Preliminar, por ello, nadie puede imponer obligaciones a la hora de hablar en un idioma; es más, el número 1 del art. 3 CE, después de proclamar que “el castellano es la lengua española oficial del Estado”, añade que, “todos los españoles tienen el

deber de conocerla y el derecho a usarla”, es decir, que usar la lengua oficial y común de España es un derecho, y solo un derecho, no una obligación, aunque el no usarla pueda tener otras consecuencias, pero nunca las de la pena o la sanción; resulta significativo que la obligación solo se impone para “conocer” la lengua oficial del Estado por sus ciudadanos. Si este es el tratamiento, respetuoso con la libertad individual, que la Constitución dispensa a la lengua común de todos los españoles, no puede considerarse constitucional y conforme al común sentido que otra lengua española pueda resultar de mejor condición.

En segundo lugar, la cooficialidad se produce por imperativo del nº. 2 del art. 3 CE y, en el caso que nos ocupa, entre el castellano, como lengua española común y el catalán como lengua española de la Comunidad Autónoma, en un plano de absoluta igualdad, principio al que necesariamente tiene que servir la norma estatutaria y las de desarrollo.

Ambos principios, el de la libertad de los ciudadanos a usar cualquiera de las lenguas cooficiales y el de igualdad entre ambas, se extiende a las áreas de la Administración, de la enseñanza y de las relaciones privadas, de manera que cualquier precepto que entre en contradicción con estos principios, incurrirá en inconstitucionalidad y con este canon debieron abordarse los diferentes problemas que se planteaban en relación con las lenguas en el Estatuto de Cataluña.

Las Lenguas de uso normal en la Administración y la Enseñanza

La acertada declaración de inconstitucionalidad de la expresión “y preferente” en el art. 6.1. EAC, unido a las propias argumentaciones de la Sentencia, no bastan para resolver el problema de la igualdad de las lenguas cooficiales, que plantea el precepto, pues lo que ahora dice es que, “...el catalán es la lengua de uso normal (ya no es preferente) de las Administraciones públicas

y de los medios de comunicación públicos de Cataluña, y es también la lengua normalmente utilizada como vehicular y de aprendizaje en la enseñanza”, (el subrayado es nuestro); el uso del artículo determinado “la” pone de manifiesto que de las dos lenguas oficiales en Cataluña, una de ellas es la de uso normal en la Administración, en los medios de comunicación públicos y vehicular y de aprendizaje en la enseñanza, con lo que de manera indirecta se produce la posibilidad de marginación del castellano; hubiera bastado, como postulé desde el principio, con anular en el texto ambos artículos determinados “la”, para que el precepto estatutario dijera lo único que constitucionalmente puede decir, esto es, que el catalán es “lengua de uso normal”, pero no la única, porque ya la Constitución se encarga de establecer, para todo el territorio español, que el castellano es también lengua de uso normal; menos mal que alguna interpretación conforme, con llamada en el Fallo, aunque sea de manera insuficiente, sale al paso del problema al ocuparse de otros artículos del EAC, como el 35. 1 y 2, sobre la enseñanza y el 50.5, sobre las administraciones públicas, como veremos después.

El deber de conocimiento de las lenguas.

En el art. 6.2, la cuestión del deber de conocimiento de la lengua catalana trata de resolverse en la Sentencia de la mayoría con una interpretación conforme que intenta desvirtuar la existencia de dicho deber, y que en el FJ 14. b) arranca con la siguiente significativa frase: “el art. 6.2. EAC, sería inconstitucional y nulo en su pretensión de imponer un deber de conocimiento del catalán, equivalente en su sentido al que se desprende del deber constitucional de conocimiento del castellano”, sorprendentemente eso es precisamente lo que hace el precepto estatutario, es decir, imponer una obligación tan similar que prácticamente es la misma que la que constitucionalmente corresponde al castellano. Con haber declarado la inconstitucionalidad de las frases “... y el deber de conocerlas” de la primera parte del número 2 del art. 6 y la que en la segunda parte del mismo dice “... y el cumplimiento de este deber” -como postulé desde el principio- hubiera

bastado para solucionar el asunto sin dedicar tanto espacio a justificar una interpretación conforme a la Constitución, que hace decir a esas frases lo contrario de lo que realmente dicen, rebasando, en esta ocasión, los límites que antes señalábamos para las interpretaciones conformes.

En el mismo FJ 14, antes citado, se dice que no se trata “de un deber generalizado para todos los ciudadanos de Cataluña, sino de la imposición de un deber individual y de obligado cumplimiento que tiene su lugar específico y propio en el ámbito de la educación, según resulta del art. 35.2 del EAC y en el de las relaciones de sujeción especial que vinculan a la administración catalana con sus funcionarios, obligados a dar satisfacción al derecho de opción lingüística reconocido en el art. 33.1 EAC”, esto es, que, a pesar de hablar del art. 6.2, de “los ciudadanos de Cataluña” para señalar a quienes tienen “el derecho y el deber” de conocer las lenguas oficiales, la Sentencia de la mayoría establece que el deber de conocer el catalán solo puede imponerse a los alumnos de la enseñanza oficial y a los funcionarios que traten con el público, con lo que, no sin una cierta indeseada ambigüedad, al menos es de esperar que se haga imposible el absurdo de que un jubilado de cualquier otra parte de España que quiera ir a residir a la Costa Brava, pongamos por ejemplo absolutamente real y de ninguna manera imaginario, tenga que ponerse a estudiar catalán para cumplir con un deber estatutariamente impuesto.

El deber de conocer el catalán por los funcionarios del Estado y los miembros del Poder Judicial.

El art. 33.3 impone, para garantizar el derecho de opción lingüística, que los jueces, magistrados, fiscales, registradores de la propiedad, mercantiles, encargados del Registro Civil y funcionarios judiciales, para prestar sus servicios en Cataluña, deban acreditar, “en la forma establecida en las leyes”, que tienen un conocimiento adecuado y suficiente del castellano y del catalán.

El precepto es inconstitucional, porque aunque se remita a las “leyes” (sin especificar cuáles y, por tanto, lo mismo las del Estado que las autonómicas) ello es solo para la regulación de “la forma” en que ha de acreditarse que se ha cumplido el deber, que el propio Estatuto establece por sí mismo, para los funcionarios del Estado, incluidos jueces y magistrados, de tener “un nivel de conocimiento adecuado y suficiente de las lenguas cooficiales”.

Esta es una regulación que excede con mucho del contenido propio de un Estatuto de Autonomía, sustrae a las leyes del Estado, único competente para sus funcionarios, el establecimiento o no de deberes en este aspecto y en cuanto a los jueces y magistrados se introduce en el contenido propio de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al incluir en el estatuto profesional un deber lingüístico, rompiendo la unidad del Poder Judicial, que esencialmente consiste en que sea único para todo el territorio nacional y ya no lo sería si hay normas estatutarias de cada Comunidad Autónoma bilingüe que establezcan limitaciones, aunque solo sea en la práctica, a la función de juzgar y ejecutar lo juzgado de los miembros del Poder Judicial, que han de poder ejercer sus funciones como jueces en el entero territorio español.

Pues bien, tan importante asunto no ha merecido ni siquiera la interpretación conforme en el Fallo, con lo que no se impide (atendiendo a lo que se dice en otros preceptos del Título III del EAC) que hasta a los jueces y magistrados ya destinados en Cataluña se les intente exigir, por uno u otro procedimiento, que acrediten sus conocimientos lingüísticos y no digamos de los demás funcionarios estatales, aunque en el FJ 21 de la Sentencia de la mayoría se busque “un entendimiento” que derive hacia el Estado la regulación completa de estos extremos y con ello se trate también de salvar la constitucionalidad del art.

102, que por las mismas razones y por el contrario, también incurre en vulneración de la Constitución, como veremos más adelante.

El uso del catalán en escritos oficiales

En cuanto al art. 33.5, que regula el derecho de los ciudadanos de Cataluña a relacionarse por escrito en catalán con los órganos constitucionales y los jurisdiccionales de ámbito estatal, “con plena eficacia jurídica”, la Sentencia de la mayoría, en el ya citado FJ 21, realiza una interpretación conforme diciendo que “la existencia o no de eficacia jurídica y, en su caso, el grado de ésta, ha de ser establecido con entera libertad, dentro de los límites constitucionales, por el legislador estatal competente” y entonces lo que no se comprende es que la regulación se contenga, como otras muchas, en un Estatuto de Autonomía. Lo más ajustado a la Constitución y hasta más sencillo hubiera sido, como postulé desde el principio, declarar la inconstitucionalidad de la frase “... que tendrán, en todo caso, plena eficacia jurídica”.

Las lenguas en el comercio

El art. 34 regula los derechos lingüísticos de los consumidores y usuarios estableciendo que en tal condición “todas las personas tienen derecho a ser atendidas oralmente y por escrito en la lengua oficial que elijan” y en su segundo inciso que “las entidades, las empresas y los establecimientos abiertos al público en Cataluña, quedan sujetos al deber de disponibilidad lingüística en los términos establecidos por ley”.

Este artículo es también inconstitucional, porque, al socaire de la protección de los derechos de los consumidores (que consumen bienes y servicios, pero no idiomas) se impone en el comercio un “deber” de disponibilidad lingüística frontalmente contrario a la libertad de empresa y a la esencial libertad

de los contratantes a elegir de común acuerdo la lengua del contrato o a no contratar en caso de desacuerdo, ya sea el contrato oral o escrito. La interpretación conforme que se formula en el FJ 22 declara que “el deber de disponibilidad lingüística de las entidades privadas, empresas o establecimientos abiertos al público, no puede significar la imposición a estos, a su titular o a su personal de obligaciones individuales de uso de cualquiera de las dos lenguas oficiales, de modo general, inmediato y directo en las relaciones privadas, toda vez que el derecho a ser atendido en cualquiera de dichas lenguas, solo puede ser exigible en las relaciones entre los poderes públicos y los ciudadanos. Por ello, en este ámbito de las relaciones entre privados no cabe entender que el Estatuto imponga de modo inmediato y directo tal obligación a los ciudadanos”. De nuevo se huye de la literalidad del precepto para hacerle decir prácticamente lo contrario de lo que dice, por que, precisamente, lo que regula, de forma constitucionalmente inadmisiblemente, son las relaciones privadas en el comercio; por lo tanto, aquí también se produce el exceso respecto a las interpretaciones conformes, aunque por lo menos servirá para evitar otro absurdo, como sería la imposición de sanciones administrativas al comerciante individual, procedente de otra parte del territorio español, que al abrir su establecimiento en Cataluña usara el castellano, como expresamente le permite el art. 3.1. CE, para contestar al cliente que se dirigiera a él en catalán.

Las lenguas en la enseñanza

Los apartados 1 y 2 del art. 35 EAC, que se ocupan de los derechos lingüísticos en el ámbito de la enseñanza, son objeto de una interpretación conforme en el FJ 24 de la Sentencia “en el sentido de que no impiden el libre y eficaz ejercicio del derecho a recibir la enseñanza en castellano como lengua vehicular y de aprendizaje”.

Siempre he postulado a lo largo de las deliberaciones que era posible una interpretación conforme, pero la que se ha formulado es manifiestamente insuficiente. Aunque del texto completo del referido fundamento jurídico puede

llegar a deducirse, no se dice de manera expresa y contundente, como literalmente postulamos varios miembros del Pleno, tanto de entre los que han votado la Sentencia como de entre los que lo hemos hecho en contra, que “los apartados 1 y 2 del art. 35 no impiden el libre ejercicio por los ciudadanos, para sí o para las personas de ellos dependientes, del derecho a recibir la enseñanza en castellano como lengua vehicular y de aprendizaje en los mismos términos que el catalán, lo que ha de ser garantizado por el sistema educativo de manera real y efectiva”. Este es un extremo en el que he de mostrar mi firme desacuerdo con la insuficiente interpretación conforme a la que se remite el Fallo y que sustituye la claridad del texto desechado y que se acaba de reproducir, por una referencia a que el derecho a recibir la enseñanza en castellano sea “eficaz”.

Bien es verdad, que con la eficacia del libre ejercicio del derecho a recibir la enseñanza en castellano, como lengua vehicular y de aprendizaje, que es, desde ahora, la única interpretación conforme a la Constitución del art. 35.1 y 2 EAC, no será jurídicamente posible impedir que cualquier ciudadano en Cataluña pueda elegir, de manera “eficaz”, que la enseñanza de sus hijos se produzca en cualquiera de las dos lenguas oficiales, ya sea el catalán o el castellano.

Las lenguas en las relaciones entre administraciones y de éstas con los ciudadanos.

El art. 50.5, que regula el deber de utilizar el catalán en las relaciones internas de las administraciones autonómica y local, las instituciones y las empresas de ellas dependientes y hasta de los concesionarios de sus servicios, así como en las relaciones entre dichas entidades y que se extiende a las comunicaciones y notificaciones dirigidas a personas físicas o jurídicas residentes en Cataluña, “ sin perjuicio del derecho de los ciudadanos a recibirlas en castellano si lo piden”, presenta también graves dudas de constitucionalidad.

La interpretación conforme que se formula en el FJ 23 “ en el sentido de que en el marco de la política de fomento y difusión del catalán, las entidades públicas, instituciones y empresas a que el precepto se refiere pueden utilizar la lengua catalana con normalidad, sin perjuicio de poder utilizar también el castellano, en su relaciones internas, en las relaciones entre ellas, y en sus comunicaciones con los particulares, siempre que se arbitren los mecanismos pertinentes para que el derecho de los ciudadanos a recibir tales comunicaciones en castellano, pueda hacerse efectivo sin formalidades ni condiciones que redunden para ellos en una carga u obligación que les constituya en la posición de sujeto activo en sus relaciones con la administración pública”, aunque el texto es admisible, incurre también en la falta de claridad y contundencia que sería deseable y por ello, considero que debería haber sido más explícita y hasta breve, como la que figuraba en el último FJ de la ponencia inmediatamente anterior a la que ha servido de base a la Sentencia de la mayoría.

En conclusión: Debió declararse la inconstitucionalidad de los artículos determinados “la” del art. 6.1, de las frases “... y el deber de conocerlas” y también “... y el cumplimiento de este deber” del art. 6.2; del art. 33.3; de la frase “con plena eficacia jurídica” del 33.5; y del art. 34 EAC, con el refuerzo de las interpretaciones conformes de los arts. 35.1 y 2 y 50.5.

6ª.- Derechos y principios rectores en los Estatutos.

En materia de los llamados “derechos estatutarios”, mas propiamente “derechos en los Estatutos”, como los titulo, ya manifesté mi opinión restrictiva en el voto particular que formulé a la STC 247/2007, de 12 de diciembre, dictada en el recurso de inconstitucionalidad 7288/2006, sobre el art. 17.1 del reformado Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, que no voy a reproducir y a

cuyo contenido me remito. Ahora bien, incluso dentro de lo declarado en aquella Sentencia, tampoco deberían haber sido ignorados sin haberse formulado, al menos, una interpretación conforme con referencia en el Fallo, varios artículos del Estatuto de Cataluña que por su contenido no pueden considerarse totalmente admisibles en relación con las competencias de la Comunidad Autónoma.

En efecto, la expresión, con forma externa de derechos, de los que aquella STC 247/2007, configuraba como “mandatos” o “directrices políticas” a las instituciones y poderes autonómicos, especialmente dirigidos desde el Estatuto a la correspondiente Asamblea Legislativa, por tener relación con las competencias asumidas, no puede afectar a la regulación de cuestiones reservadas por la Constitución a leyes orgánicas del Estado por afectar a derechos fundamentales, como el derecho a la vida y a la educación relacionada con la libertad religiosa.

De esta forma, se aprecia que en el art. 20, destinado al “derecho a vivir con dignidad el proceso de la muerte” y al llamado testamento vital, y en el art. 41.5 al establecer un principio rector hablando de “la libre decisión de la mujer”... “en particular en lo que concierne al propio cuerpo y a su salud reproductiva y sexual”, hubiera sido conveniente una interpretación conforme que salvara que tales mandatos no pueden autorizar la regulación autonómica de nada que se refiera al derecho a la vida, aunque es cierto que en el FJ 28, la Sentencia de la mayoría, a nivel de argumentación, deja afortunadamente claro que en uno y otro caso no puede entenderse referido ni a la eutanasia, ni al aborto, respectivamente.

De otro lado, en el art. 21.2, se dice que “en las escuelas de titularidad pública”... “la enseñanza es laica”, lo que supone un desconocimiento del carácter aconfesional del Estado que proclama el art. 16.3. CE y también hubiera

sido mas correcto ponerlo de manifiesto en una interpretación conforme llevada al Fallo, porque no pueden despreciarse o minimizarse desviaciones tan directas del texto constitucional.

En conclusión: en los artículos 20, 21 y 41.5 debieron incluirse interpretaciones conformes en el Fallo.

7ª.- Estructura territorial del Estado, provincias, municipios y veguerías.

El problema que plantea el impugnado art. 84, relativo a las competencias locales y que aisladamente podría exigir alguna declaración de inconstitucionalidad y una genérica interpretación conforme en el Fallo, que además no se ha realizado, pudo haberse salvado, dada su íntima relación, con la declaración de inconstitucionalidad del art.160.1b), como postulé reiteradamente, sin ser atendido. En efecto, este último precepto establece que “Corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de régimen local que, respetando el principio de autonomía local, incluye: ... b) La determinación de las competencias y de las potestades propias de los municipios y de los demás entes locales, en los ámbitos especificados en el artículo 84”; al anular este precepto ya no habría ninguno que ignorase, ni entrara en contradicción con la competencia para la fijación de las Bases del régimen local que reserva al Estado el art. 149.1.18 CE. Por el contrario, el mantenimiento de la constitucionalidad del art. 160.1 b) en unión de lo que dice el art. 84, especialmente en los apartados 2 y 3, viene a poner en peligro, en el aspecto municipal, la homogénea estructura territorial del Estado, porque habrá unos ayuntamientos, los de Cataluña, que pueden no ser sustancialmente iguales al resto de España, tanto en cuanto a competencias como en su sometimiento a las Bases estatales.

Por lo que se refiere al art. 86.5, cuando establece, al tratar del control de la adecuación al ordenamiento jurídico de los actos y acuerdos adoptados por los municipios y su impugnación, que corresponde a la Generalitat, “sin perjuicio de las acciones que el Estado pueda emprender en defensa de sus competencias”, frase cuya última parte, esto es, “... en defensa de sus competencias”, es inconstitucional, ya que limita la genérica y amplísima facultad del Estado para impugnar cualquier acto contrario al ordenamiento jurídico adoptado por las corporaciones locales. En último extremo cabría haber formulado una interpretación conforme en el Fallo, diciendo que “entre las competencias del Estado, está la de garantizar la observancia del ordenamiento jurídico”.

En cuanto a la veguerías, sigo manteniendo que es imposible evitar que de forma alternativa, bien el número 3, del art. 91, que autoriza a convertir las Diputaciones en Consejos de Veguería, o bien el número 4, que atribuye al Parlamento Catalán “la creación, modificación, supresión y régimen jurídico de las veguerías”, ha de ser declarado inconstitucional; el número 3 si las veguerías no coinciden con las provincias o el número 4 en caso contrario. Lo que, a mi juicio no es aceptable, es dejar abierto todo, manteniendo la constitucionalidad de ambos números del art. 91 EAC, con una suerte de constitucionalidad condicional, según lo que haga el legislador autonómico. Además, esta fórmula, que lo que hace es crear problemas o aplazarlos en lugar de resolverlos, está en contradicción con la postura de las partes. También en este aspecto no queda debidamente resguardado el principio constitucional de la homogénea estructura territorial del Estado en Comunidades Autónomas, Provincias y Municipios, lo que unido a cuanto se acaba de decir sobre los municipios en Cataluña resulta particularmente grave.

8ª.- Poder Judicial

Esta es una cuestión especialmente sensible desde el punto de vista constitucional, por que así como los Poderes Ejecutivo y Legislativo nacieron en

1978 con la posibilidad de ser compartidos (y de hecho lo fueron en el desarrollo posterior) con las Comunidades Autónomas, el Poder Judicial es del Estado, único, y solo del Estado, de manera que cualquier desviación que pretenda su descoyuntamiento o parcelación choca radicalmente con la estructura del Estado que la Constitución diseñó y no puede ser admitida.

En el art. 95.2, al establecer -bien es verdad que también impropia para un Estatuto de Autonomía- las competencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, como última instancia jurisdiccional en su ámbito territorial, se dice que ello es “sin perjuicio de la competencia reservada al Tribunal Supremo para unificación de doctrina”, lo que a mi juicio no puede salvarse de la inconstitucionalidad, pues, en ningún caso, un Estatuto de Autonomía puede reservar o establecer competencias al Tribunal Supremo; la vigencia territorialmente limitada de aquél y la competencia en todo el territorio nacional de éste, evidencian la vulneración del art. 123 CE.

Sobre el Consejo de Justicia de Cataluña, es donde, a mi juicio, y reiterando una vez más mi respeto por la opinión contraria, la Sentencia de la mayoría incurre en una flagrante incoherencia interna, tanto lógica como jurídica. Después de haber declarado, correctamente, la inconstitucionalidad del art. 97 y una vez anulado éste porque define un órgano (el Consejo de Justicia de Cataluña) que no cabe en la Constitución, carece de sentido alguno que ese órgano, ya inexistente, reaparezca para, no obstante, conservar algunas competencias y además se mantengan otros preceptos que regulan su composición y solo parcialmente son declarados inconstitucionales; la realidad es que todo el Capítulo II del Título III del Estatuto es inconstitucional y así debió declararse, en cuanto a los arts. 97, 98, 99 y 100, íntegramente, sin la enrevesada interpretación para conseguir una anulación solo parcial, que va a crear más problemas en el futuro.

Por otra parte, y aquí tengo la máxima discrepancia con la fundamentación que se utiliza en la Sentencia, en el FJ 47, parecen dejarse a salvo, aunque con la reserva evanescente de “con los límites constitucionales antes expresados,” las posibilidades de que en el resucitado Consejo de Justicia de Cataluña aparezcan, eso sí, en la LOPJ, “eventuales fórmulas de desconcentración”, de las que, asombrosamente, se dice que no son “constitucionalmente imprescindibles”; pues bien, empezando por que la palabra “desconcentración” no existe y ha sido una producción semántica del legislador para evitar inútilmente la inconstitucionalidad del órgano, la unidad en sentido estricto del Consejo General del Poder Judicial impide una descentralización, desconcentración o como se quiera llamar, que acabaría multiplicando por diecisiete el órgano de gobierno del Poder Judicial, que la Constitución quiso único, como lo es el propio Poder al que gobierna.

La imposibilidad constitucional de crear “consejos desconcentrados” del Consejo General del Poder Judicial, lo es por razones materiales y nadie, tampoco el legislador orgánico estatal, puede hacerlo; lo mas que cabría hacer y ya fuera del Estatuto de Autonomía, sería la creación de un órgano que asumiera exclusivamente las competencias autonómicas sobre la “administración de la Administración de Justicia”, pero sin ninguna facultad sobre los jueces y magistrados y sin sustituir a las Salas de Gobierno integradas solo por aquéllos.

En cuanto al art. 102, en sus apartados 1, y 2 que impone, establecido por el propio Estatuto de Autonomía, “el deber de acreditar” el conocimiento adecuado y suficiente del catalán y del derecho de Cataluña, por los jueces y magistrados, quedando solo al legislador orgánico estatal, la determinación de “la forma” y “el alcance” del cumplimiento de dicha obligación, ya hemos anticipado que son preceptos irremediabilmente inconstitucionales, por la doble razón de ser impropios del contenido de un Estatuto de Autonomía e invasores de competencias materiales, constitucionalmente reservadas a la LOPJ.

En el marco de lo que corresponde decir sobre el Poder Judicial y aunque el precepto se haya ubicado en el Capítulo IV del Título III, destinado a la tutela de los derechos recogidos en el Estatuto, el art. 38.2, tampoco es conforme a la Constitución, porque no lo es suplir o condicionar las leyes orgánicas y procesales, competencia exclusiva del Estado, para establecer un recurso de protección de derechos y fijar el órgano ante el que pueda ejercitarse, máxime cuando lo hace con una referencia genérica a derechos reconocidos en tres capítulos del Título IV del Estatuto, que contienen derechos propiamente dichos y otros que hemos declarado que no son tales, por afectar a materia competencial y no institucional de la Comunidad Autónoma, aunque revistan la forma externa de derechos y que en la STC 247/2007 hemos calificado -según antes recordábamos- como “mandatos a los poderes públicos autonómicos” o “directrices políticas”; pues bien, no solo no se declara la patente inconstitucionalidad del precepto, siempre a mi juicio, sino que tampoco se lleva al Fallo una interpretación conforme.

En conclusión: debió declararse la inconstitucionalidad del recién citado art. 38.2, en el art. 95.2, de la frase “para la unificación de doctrina”, referida a las competencias reservadas al Tribunal Supremo, de los arts. 98, 99 y 100 íntegramente (y no sólo el 97) sobre el Consejo de Justicia de Cataluña y del art. 102, 1 y 2, sobre el deber de acreditar los jueces y magistrados su conocimiento del catalán y del derecho de Cataluña. Debió de ser otra, de contenido material, la fundamentación de la inconstitucionalidad del órgano creado por el art. 97 EAC.

9ª.- Competencias y relaciones institucionales de la Generalitat.

El nuevo Estatuto de Cataluña dedica a la asunción de competencias el extenso Título IV, al que se ha achacado el mal llamado “blindaje” de las mismas,

por la vía de la definición y la descripción de materias y submaterias. Los problemas se plantean en la definición de “competencias exclusivas”, en la expresión reiterada “en todo caso”, en la marginación o reducción de las bases de la legislación del Estado y en el término “participación” que, además, se suele expresar en muchos preceptos, de manera gramaticalmente incorrecta pero políticamente significativa, en tiempo presente, al decir que “la Generalitat participa”.

La Sentencia de la mayoría afronta el problema con una interpretación conforme en el Fallo, explícita y severa, del art. 110 para situar donde corresponde a las referidas expresiones de “competencias exclusivas” y “en todo caso”, con la declaración de inconstitucionalidad de la expresión limitativa de las bases del Estado del art. 111 (con las correlativas declaraciones de inconstitucionalidad de las expresiones concordantes de los artículos 120.2 y 126.2) y con la interpretación conforme del término “participa” en el art. 174.3.

Aunque lo sean de forma un tanto forzada, no me opuse a las interpretaciones conformes citadas en primer lugar, y a las inconstitucionalidades referenciadas, de evidente acierto, pero sigo manteniendo la imposibilidad de que un precepto estatutario, el art. 174.3 (situado en el Título V, que trata de las relaciones institucionales de la Generalitat) establezca la intervención de una Comunidad Autónoma (y por ende, tal vez de todas) en las “instituciones, los organismos y los procedimientos de toma de decisiones del Estado”, afecten o no a las competencias autonómicas y aunque tal intervención se remita a las leyes; este es un precepto que se enmarca entre aquellos en que pretende encontrar plasmación normativa el constitucionalmente imposible principio de bilateralidad con el Estado y por ello debió declararse su inconstitucionalidad.

Otro tanto cabe decir del art. 117.3 que al establecer que “la Generalitat participa en la planificación hidrológica y en los órganos de gestión estatales de los recursos hídricos y de los aprovechamientos hidráulicos que pertenezcan a cuencas hidrográficas intercomunitarias”, invade competencias exclusivas del Estado e incluso con posible merma de los derechos e intereses de otras Comunidades Autónomas, por lo que también debió ser declarada su inconstitucionalidad.

En el mismo marco ha de situarse el art. 180, que regula la participación de la Generalitat en los procesos de designación de los magistrados del Tribunal Constitucional y de los miembros del Consejo General del Poder Judicial, ya que, a mi juicio, su inconstitucionalidad resulta incuestionable y no basta una mera interpretación conforme, como la que se establece en el FJ 113 de la Sentencia, porque, aunque el precepto se remita a “los términos que dispongan las leyes, o, en su caso, el ordenamiento parlamentario”, constituye una intromisión, imposible de aceptar, de un Estatuto de Autonomía en la designación de órganos constitucionales del Estado, cuya regulación está reservada por razón de la materia a sus respectivas leyes orgánicas.

Otro precepto en el que se produce el intento de plasmación normativa de la imposible bilateralidad entre la Generalitat y el Estado, es el art. 183 que regula las “Funciones y composición de la Comisión Bilateral Generalitat-Estado”. La inconstitucionalidad, a mi juicio, afecta a todo el precepto, pero a lo más que se podría llegar, es a reducirla al apartado a) del nº 1 y a los apartados a) b) y f) de su nº 2, con la interpretación conforme del resto, como hace, pero con carácter general, la Sentencia de la mayoría, en el FJ 115.

En efecto, no es constitucionalmente posible que una Comunidad Autónoma no solo colabore, sino, además, tenga participación en el ejercicio de las competencias estatales, aunque sean las que afecten a su autonomía (que podrían llegar a ser todas, prácticamente, dada la profusión y extensión de las competencias asumidas), como ya hemos dicho al tratar del art. 174.3. Las competencias del Estado no pueden estar intervenidas, condicionadas o restringidas por ninguna Comunidad Autónoma.

En particular, resultan especialmente llamativas algunas competencias atribuidas a dicha Comisión Bilateral, y que ya hemos anticipado debieron declararse inconstitucionales, como las contenidas en los apartados siguientes del nº 2 del art. 183: la de la letra a), que afecta a “los proyectos de ley que inciden singularmente sobre la atribución de competencias entre el Estado y la Generalitat”, y que la Sentencia de la mayoría salva de la inconstitucionalidad viniendo a señalar que las funciones de la Comisión se ejercen en la fase preparatoria del proyecto, también en este caso contra el texto literal del precepto. Las de los apartados b) y f), que también establecen inadmisibles intromisiones en competencias exclusivas del Estado, como son “la programación de la política económica”, *ex* art. 149.1, 13ª y la designación de representantes de la Comunidad Autónoma en organismos del Estado, y que también son objeto de interpretaciones contrarias al sentido natural de los preceptos.

De otro lado, hay una serie de preceptos, concretamente el 134, sobre “deporte y tiempo libre”, el 142.2, sobre “juventud”, el 191.1, sobre “acciones ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, el 198, sobre “participación en organismos internacionales” y el 200, sobre “proyección internacional de las organizaciones de Cataluña”, este último, también en relación con actividades culturales y deportivas, que exigían una clarificadora interpretación conforme en el Fallo, que dejara expreso en éste y no solo en los correspondientes fundamentos

jurídicos de la Sentencia (FFJJ 80, 87, 124, 127 y 129) que no se menoscaba la representación española en el seno de organizaciones internacionales, ni se sitúa a una Comunidad Autónoma en paralelo con el Estado; al no hacerlo así, la Sentencia adolece de una insuficiencia potencialmente productora de situaciones de conflicto absurdo en un área, como es la internacional, especialmente sensible para el Estado y la presencia de España en actividades de gran incidencia social.

En otros casos, tanto de “competencias” como de “relaciones institucionales de la Generalitat”, la Sentencia de la mayoría utiliza abundantemente interpretaciones, más o menos incisivas, que se llevan o no al Fallo y en cuyo detalle no vamos a entrar, aunque reconozca que con ello se protege el ejercicio de las competencias del Estado; sin embargo hay un caso especialmente llamativo: el art. 138 EAC, en el que el epígrafe (aunque no tenga valor normativo, tampoco se puede dar por inexistente) titula la competencia autonómica como “inmigración” y después insiste en su número 1 diciendo “corresponde a la Generalitat en materia de inmigración”, con lo que formalmente se produce una colisión evidente con el art. 149.1. 2ª CE, que otorga al Estado la competencia exclusiva sobre la materia de “Nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo”; ya por esto debería haberse declarado la inconstitucionalidad del art. 138 EAC íntegramente, pero al menos resultaba insoslayable en su número 2, que otorga competencia ejecutiva en materia de autorización de trabajo de los extranjeros, hasta en la tramitación de las autorizaciones iniciales y la tramitación y resolución de los recursos y la aplicación del régimen de inspección y sanción.

En conclusión: debería haberse declarado la inconstitucionalidad de los arts. 117. 3, sobre participación de la Generalitat en la planificación hidrológica y en las cuencas hidrográficas intercomunitarias, del nº 2 del art. 138, sobre inmigración, del 174.3, sobre participación de la Generalitat en

organismos y procedimientos de toma de decisiones del Estado, del 180, sobre participación de la Generalitat en las designaciones para el Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder Judicial, y al menos del apartado a) del nº 1 del art. 183, y los apartados a) b) y f) del nº 2 del mismo artículo. Debieron hacerse interpretaciones conformes en el Fallo de los arts. 134, sobre deporte y tiempo libre, 142.2, sobre juventud, 191.1, sobre acciones ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 198, sobre participación en organismos internacionales y 200 sobre proyección internacional de las organizaciones de Cataluña.

10ª.- Financiación

En esta materia del Título VI EAC, la Sentencia de la mayoría declara inconstitucionales, en el art. 206.3, el inciso “siempre y cuando lleven a cabo un esfuerzo fiscal similar” y en el art. 218.2, el inciso “puede incluir la capacidad legislativa para establecer y regular los tributos propios de los gobiernos locales” y somete a interpretación conforme a la Constitución el art. 206.5, sobre mecanismos de nivelación y no alteración de la posición de Cataluña en rentas *per capita* y los apartados 1 y 2, letras a) b) y d), del art. 210 sobre la Comisión Mixta de Asuntos Económicos y Fiscales Estado-Generalitat.

En todos los demás preceptos impugnados viene a desestimar las pretensiones del recurso, aunque lo haga, como en algunos casos, con interpretaciones conformes que no se llevan al Fallo. Pues bien, también en este aspecto creo que la Sentencia resulta insuficiente.

El art. 201.4 EAC, que establece que “la financiación de la Generalitat no debe implicar efectos discriminatorios para Cataluña respecto de las restantes Comunidades Autónomas”, aunque cita expresamente el art. 138 de la CE, en realidad lo infringe, porque lo que este dice es que “las diferencias entre los

Estatutos de las distintas Comunidades Autónomas no podrán implicar, en ningún caso, privilegios económicos o sociales”, lo que es tanto como decir, dicho sea en lenguaje popular, que “no se puede ser más que otros”, mientras la no discriminación que establece el Estatuto, supone “no ser menos que nadie”, que es muy distinto y hasta contrario; solo por ello debió declararse la inconstitucionalidad del precepto o, al menos, formular una interpretación conforme en el Fallo.

El art. 204.1, establece que “la gestión, recaudación, liquidación e inspección de todos los tributos propios de la Generalitat de Cataluña, así como, por delegación del Estado, de los tributos cedidos totalmente a la Generalitat, corresponde a la Agencia Tributaria de Cataluña”. Pues bien, la cesión de tributos estatales a una Comunidad Autónoma, aunque la cesión sea total, no los convierte en tributos autonómicos, ni es una decisión irreversible, ni el art. 157.3 CE habilita a los Estatutos para regular la gestión de los tributos estatales. Por otra parte, la posibilidad de que las Comunidades Autónomas, “como delegados o colaboradores del Estado” puedan ocuparse de “la recaudación, la gestión y la liquidación de los recursos tributarios del Estado”, no tiene nada que ver con la cesión de tributos, sino solo con la cooperación de las Comunidades Autónomas con el Estado en la gestión tributaria. Finalmente, resulta imposible aceptar que sobre los tributos estatales cedidos la Generalitat disponga, a través de una norma estatutaria y no por ley del Estado sobre la materia, de la capacidad normativa completa, convirtiéndolos en tributos autonómicos y haciendo irreversible la cesión, con lo que se produce un desapoderamiento del Estado en materia de “Hacienda general”, que es una de sus competencias exclusivas, *ex art. 149.1. 14ª* CE. Por todas estas razones, este precepto es también inconstitucional y ni siquiera ha merecido una interpretación conforme en el Fallo.

En el art. 205.1 EAC se atribuye a los órganos económicos-administrativos de la Generalitat la revisión de todos los actos de gestión tributaria dictados por la Agencia Tributaria de Cataluña, entre los que se pueden encontrar y de hecho se encontrarán, los tributos totalmente cedidos e incluso los no cedidos, pero con gestión delegada. Este precepto produce, también, un grave desapoderamiento del Estado en materia económico-administrativa sobre sus propios tributos y por ello es inconstitucional, sin que puedan aceptarse las interpretaciones que se formulan en el FJ 133 de la Sentencia de la mayoría y que además no se llevan al Fallo.

En el art. 206.5 EAC, se establece que “el Estado garantizará que la aplicación de los mecanismos de nivelación, no altere en ningún caso la posición de Cataluña en la ordenación de rentas per capita, entre las Comunidades Autónomas, antes de la nivelación”. No puedo compartir la interpretación conforme que se formula en el FJ 134 de la Sentencia de la mayoría, en uno de cuyos párrafos se llega a decir “si, como acabamos de resolver el respeto a las competencias del Estado garante de la solidaridad interterritorial en el ámbito económico y financiero no permite la imposición estatutaria de condiciones como la incluida en el art. 206.3 EAC respecto del esfuerzo fiscal comparado de las distintas Comunidades Autónomas, también la previsión del art. 206.5 EAC debería declararse inconstitucional y nula en el caso de que compartiera esa misma naturaleza condicional e imperativa”. Como en alguna otra ocasión, la Sentencia afirma la inconstitucionalidad del texto del precepto cuestionado para luego desvirtuarla argumentalmente; si embargo, lo cierto es el carácter imperativo de la formulación estatutaria (“ el Estado garantizará...”) y la imposición de la condición (que no se altere, “en ningún caso la posición de Cataluña en la ordenación de rentas per capita”) por lo tanto, debió declararse la inconstitucionalidad.

En el art. 210 EAC, sobre la Comisión Mixta de Asuntos Económicos y Fiscales Estado-Generalitat, entre otras cosas, en el apartado 2 b) se viene a decir que corresponde a dicha Comisión “acordar la contribución a la solidaridad y a los mecanismos de nivelación prevista en el art. 206”. Se trata de una norma que atribuye a una Comisión con pretensiones de bilateralidad, la determinación entre dos partes (así lo evidencia el verbo “acordar”, por mucho que se quiera interpretar) de algo, como es “la contribución a la solidaridad y a los mecanismos de nivelación” que no corresponde hacer a una Comunidad Autónoma en solitario junto al Estado. En consecuencia, este precepto, también, debió declararse inconstitucional.

Estudio separado de las demás cuestiones y conjunto entre ellas, merece hacerse respecto de las Disposiciones Adicionales, 3ª.1, 8ª, 9ª y 10ª, sobre las que la Sentencia de la mayoría formula interpretaciones conformes en el Fallo, remitiéndose a los FFJJ 138 y 137, respectivamente. El hilo conductor de estas interpretaciones conformes pasa por la doctrina de la STC 13/2007, sometiendo a los preceptos a sucesivos condicionamientos, como son: el acuerdo en el seno del Consejo de Política Fiscal y Financiera, a lo que resulte de la modificación de la LOFCA y al contenido de las Leyes Generales de Presupuestos de cada ejercicio, y todo ello sobre la base, en cuanto a la Disposición Adicional 3ª.1, “de que no vincula al Estado en la definición de su política de inversiones, ni menoscaba la plena libertad de las Cortes Generales, para decidir sobre la existencia y cuantía de dichas inversiones” y en cuanto a las otras Disposiciones Adicionales, sobre cesión de impuestos al Estado, que solo es admisible “desde el absoluto respeto a la potestad legislativa del Estado que ejercen las Cortes Generales”; esto es, las normas quedan reducidas a la nada jurídica y para ese viaje mejor hubiera sido expulsarlas del ordenamiento jurídico. Sería más respetuoso con el legislador estatutario, aunque la carencia de efectos de aquellas disposiciones, (no puede negarse), resuelve el problema que planteaba la sujeción del Estado a inversiones y cesiones de impuestos predeterminadas desde una Estatuto de Autonomía y que no solo resulta contrario a la Constitución sino posiblemente inviable.

En conclusión: además de las inconstitucionalidades declaradas, debieron reconocerse inconstitucionales los arts. 201.4, sobre no discriminación de Cataluña, 204.1, sobre la gestión, etc. de los tributos estatales cedidos totalmente, 205.1, sobre reclamaciones económico-administrativas por los órganos de la Generalitat, 206.5, sobre no alteración de la ordenación de Cataluña en rentas *per capita*, 210.2 b), sobre facultades de la Comisión Mixta de Asuntos Económicos y Fiscales, la Disposición Adicional 3ª.1, sobre inversiones en Cataluña y las Disposiciones Adicionales, 8ª, 9ª y 10ª, sobre cesión de impuestos estatales.

11ª.- Reforma Estatutaria

La Sentencia de la que discrepo somete los impugnados arts. 222.1 d) y 223. 1. i) a interpretación conforme en el Fallo, que se remite al FJ147, estableciendo que los *referenda* aprobatorios de la reforma estatutaria, una vez autorizados por el Estado, sean convocados por el Presidente de la respectiva Comunidad Autónoma, siempre en nombre de El Rey.

Los preceptos citados establecen, respectivamente, que “una vez ratificada la reforma por las Cortes Generales, la Generalitat debe someterla a referéndum” y que “la aprobación de la reforma por las Cortes Generales mediante una ley orgánica incluirá la autorización del Estado para que la Generalitat convoque en el plazo máximo de seis meses el referéndum a que se refiere la letra b)”. Dejando a un lado que en el primer caso se prescinde de la autorización del Estado y en el segundo se determina qué órgano de éste (en el caso, las Cortes Generales) es el que ha de otorgar la autorización, es decir, que la realidad es que en el *referéndum*, en uno y otro caso, solo interviene la Generalitat.

La cuestión tiene relevancia constitucional en un aspecto muy sensible, como es la intervención del Rey a la hora de pedir a los ciudadanos españoles inscritos en el censo electoral de una Comunidad Autónoma que se pronuncien sobre la que va a ser para el futuro su norma institucional básica y no es lo mismo que lo haga El Rey personalmente, o que se haga en su nombre y por lo tanto sin su intervención.

El art. 62 CE, establece que “corresponde al Rey: ...c) convocar a referéndum en los casos previstos en la Constitución”; el art. 92 CE, después de referirse a que “las decisiones políticas de especial trascendencia podrán ser sometidas a *referéndum* consultivo de todos los ciudadanos”, establece en el nº 2 que “el *referéndum* será convocado por El Rey...”; el art. 151.5º. CE, sobre elaboración de Estatutos de Autonomía, establece, por lo que aquí importa, que “...el proyecto de Estatuto será tramitado como proyecto de ley ante las Cortes Generales. El texto aprobado por éstas será sometido a *referéndum*...”. Pues bien, el juego combinado de estos preceptos de la Constitución conduce inexorablemente a la exigencia de que sea El Rey, en uso de una de sus atribuciones como cabeza visible del Estado y encarnación física de la Nación, el que convoque el *referéndum* en un caso previsto por la Constitución, sin posible delegación ni sustitución.

En consecuencia, ambos preceptos son inconstitucionales por omisión.

En conclusión: debió declararse la inconstitucionalidad por omisión de la intervención del Rey, en los arts. 222.1 d) y 223. 1.i), sobre la convocatoria del *referéndum* de la reforma estatutaria.

De la lectura de los párrafos conclusivos que figuran al final de cada epígrafe, se evidencia que mis discrepancias con la Sentencia de la mayoría,

afectan a las declaraciones de inconstitucionalidad, por que considero que debieron declararse, además, las que se especifican y que alcanzan a 27 artículos; en cuanto a interpretaciones conformes debieron de reforzarse algunas y añadirse 10. También he discrepado de algunos fundamentos jurídicos y muy singularmente de los que se refieren al Consejo de Justicia de Cataluña. En definitiva, y en el sentido expuesto, formulo mi voto particular.

En Madrid, a veintiocho de junio de dos mil diez.

Fdo. Ramón Rodríguez Arribas