

## Dictamen 269

Barcelona, 1 de setembre de 2005

Ponents: Ponència conjunta de tots els consellers.

Dictamen sol·licitat pel Parlament de Catalunya, amb relació al Dictamen de la Comissió d'Organització i Administració de la Generalitat i Govern Local, 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, les esmenes i els vots particulars reservats per defensar en el Ple (BOPC núm. 213, d'1 d'agost de 2005).

### ANTECEDENTS

1. La Mesa del Parlament de Catalunya, en la sessió del dia 2 d'agost de 2005, a instància de tots els grups parlamentaris, va acordar de sol·licitar dictamen, d'acord amb els articles 8.Primer i 9.1 de la Llei 1/1981, de 25 de febrer, en relació amb el Dictamen de la Comissió d'Organització i Administració de la Generalitat i Govern Local sobre la Proposta de Reforma de l'Estatut d'autonomia de Catalunya i les esmenes i els vots particulars reservats per a defensar en el Ple. L'escrit de sol·licitud va tenir entrada en el registre d'aquest Consell el dia 3 d'agost de 2005 (Reg. 12759).

2. El Consell Consultiu, en la seva sessió del dia 3 d'agost de 2005, i amb relació al preceptiu tràmit d'admissió de la petició de dictamen va acordar, per majoria, d'acceptar la sol·licitud presentada.

L'acord es va fonamentar en l'article 1.3 de la Llei 1/1981, de 25 de febrer, de creació del Consell Consultiu de la Generalitat, segons el qual aquest "vetlla en la seva actuació per l'observança i el compliment de la Constitució i l'Estatut de Catalunya", així com en els articles 3, 10 i 16 del Reglament del Consell Consultiu, i en allò que determina l'article 115 del Reglament del Parlament de Catalunya, pel qual les proposicions de reforma estatutària a què es refereixen els articles 56 i 57 de l'Estatut de Catalunya s'han de tramitar d'acord amb les normes establertes en els articles 110 i 111 de l'esmentat Reglament, els quals remetent al procediment legislatiu comú.

Igualment, l'acord va tenir en compte el principi general que obliga a interpretar de forma favorable l'admissió de les peticions de Dictamen formulades per part dels òrgans legítims, quan existeixen raons jurídiques que puguin justificar-la.

En conseqüència, d'acord amb els preceptes de l'ordenament jurídic invocats, en l'exercici de la seva funció estatutària, el Consell Consultiu, tot seguint la seva doctrina relativa al control jurídic sobre projectes i proposicions de Llei sotmesos a debat i aprovació del Parlament de Catalunya, així com també respecte de lleis i altres disposicions normatives, va acordar d'emetre dictamen de constitucionalitat.

Van expressar el seu parer contrari a l'emissió del dictamen els consellers senyors Vernet i Lobet, i Camps i Rovira, els quals van anunciar la possibilitat d'emetre, en el seu moment, un vot particular respecte d'aquesta qüestió.

El Consell Consultiu va acordar també de nomenar ponència conjunta de tots els consellers, d'acord amb l'article 11 de la Llei 1/1981, de 25 de febrer, de creació del Consell Consultiu de la Generalitat.

3. En la mateixa sessió va acordar de demanar informació i documentació complementàries a tots els Grups Parlamentaris i als consellers Primer i de Relacions Institucionals i Participació de la Generalitat de Catalunya, d'acord amb l'article 15 del Reglament del Consell.

4. El mateix dia 3 d'agost de 2005 va tenir entrada en el registre d'aquest Consell (Reg. 12760) un escrit del Parlament de Catalunya, en el qual es feia constar que en la documentació adjunta a la sol·licitud de dictamen "hi figura també una correcció d'errades que es publicarà al Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya núm. 214, de 4 d'agost de 2005, data a partir de la qual inicia el termini d'emissió de dictamen establert a l'article 9 de la Llei 1/1981, de 25 de febrer, del Consell Consultiu de la Generalitat".

1. D'acord amb la sol·licitud de dictamen formulada per tots els grups parlamentaris del Parlament de Catalunya, amb relació a 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 Proposta de Reforma), aquest Consell Consultiu ha examinat tots els articles, les esmenes i els vots particulars formulats a la Proposta de Reforma.

Un cop dut a terme un primer examen de la totalitat dels preceptes, les esmenes i els vots, es va considerar que només serien objecte de tractament singular, amb pronunciament sobre la seva adequació o no al text de la Constitució, aquells preceptes, esmenes i vots sobre els quals s'hagués apreciat en aquest primer examen algun dubte d'inconstitucionalitat. En conseqüència, aquells preceptes, esmenes o vots que no són tractats en aquest dictamen s'entenen plenament adequats a la Constitució. Així mateix aquells altres preceptes, esmenes o vots que sí que són tractats en aquest dictamen, però que no s'esmenten en les conclusions com a inconstitucionals, són també constitucionals.

Pel que fa al contingut del dictamen, cal assenyalar que el Consell, d'acord amb la funció institucional que li correspon, ha dut a terme un judici de constitucionalitat sobre els preceptes, les esmenes i els 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, les esmenes i els vots a una mateixa qüestió.

De forma excepcional el Consell ha cregut oportú formular recomanacions de redacció alternativa per tal de garantir millor la seguretat jurídica i la constitucionalitat d'un precepte, esmena o vot, i també, de forma excepcional, es proposa alguna correcció de caràcter merament tècnic.

2. Abans d'escometre l'examen dels diferents preceptes de la Proposta de Reforma, en la línia que acabem d'expressar, farem en aquest Fonament unes consideracions generals sobre la funció constitucional que compleixen en el nostre Estat compost els estatuts d'autonomia, amb especial referència a la seva naturalesa i a la seva posició en l'ordenament jurídic. Amb això només pretenem exposar uns criteris que posteriorment puguin ser utilitzats, almenys en alguns casos, per afrontar el judici de constitucionalitat de preceptes concrets, si bé ha de quedar clar que aquest judici sempre requerirà un examen específic.

Que els estatuts d'autonomia ocupen una posició especial en el nostre ordenament constitucional és quelcom que a hores d'ara difícilment es pot negar. Aquests estatuts han complert i continuen complint una funció d'excepcional rellevància, fins al punt que determinats sectors de la doctrina científica no han dubtat a considerar-los com a part integrant de l'anomenada "Constitució territorial" espanyola.

Això és així perquè la nostra Constitució, al contrari del que és habitual en el dret comparat, va remetre a decisions posteriors dels poders constituïts la concreta determinació de l'organització territorial de l'Estat. Aquesta determinació es va realitzar bàsicament durant els anys posteriors a 1978 mitjançant la institucionalització de les diferents comunitats autònomes, institucionalització que resultava en cada cas de l'exercici de la iniciativa autonòmica d'acord amb el principi dispositiu, i que es plasmava jurídicament en l'aprovació dels respectius estatuts d'autonomia. Conseqüentment, els estatuts completen la Constitució i han pogut ser qualificats com a instruments de naturalesa "paraconstitucional" o, amb major precisió, "subconstitucional", entenen per aquesta expressió no solament el seu caràcter subordinat a la Constitució, sinó també la seva funció de complement indispensable de la Constitució per a la determinació de l'estructura territorial de l'Estat.

Això no significa que el poder constituent hagi realitzat una remissió totalment oberta en aquesta matèria. Decisions crucials relatives al que s'ha denominat "el mapa autonòmic" ja havien estat adoptades anteriorment, i la Constitució les va fer seves en la disposició transitòria primera. A més, la "desconstitucionalització" al·ludida només fou parcial, com ho demostra la simple lectura del títol VIII de la Norma Fonamental, inclòs el cabdal article 149 CE. El mateix es pot dir del valor preferent que s'ha de donar a la disposició transitòria segona, interpretat sistemàticament en el context de l'article 2: el dret a l'autonomia no és el resultat de decisions postconstitucionals sinó que està constitucionalment garantit, i aquesta garantia és especialment forta respecte als "territoris" que ja en el passat havien expressat de

forma clara la seva voluntat d'autogovern. És per això que les consideracions que estem fent han d'entendre's referides, bàsicament, als estatuts que, com el de Catalunya, van resultar afectats per aquesta disposició.

3. Tot i ser de gran importància, les circumstàncies que acabem d'exposar no són les úniques que abonen l'afirmació que fèiem a l'inici de l'apartat anterior. Al cap i a la fi totes les constitucions requereixen d'una concretització més o menys intensa, i la nostra no és l'excepció, com ho demostren, entre d'altres, la legislació orgànica que desenvolupa drets fonamentals de configuració legal i el règim electoral general o els reglaments parlamentaris. Totes aquestes lleis integren, al costat dels estatuts d'autonomia, la Constitució material espanyola. El que realment distingeix els estatuts dels altres instruments normatius citats, i els atorga una posició especialment rellevant, és el fet que el poder constituent no va habilitar per a la seva elaboració i aprovació al legislador ordinari, estatal o autonòmic, sinó que va exigir la necessària confluència de dues voluntats: una procedent del territori que accedeix a l'autonomia i l'altra representada per les Corts Generals. Es tracta d'un cas únic en el nostre ordenament i probablement també en el Dret comparat, en el qual el constituent reservava aquesta funció a un legislador de característiques pròpies, que podem qualificar com a legislador estatuent. Aquesta "reserva d'estatut" es plasmava en un específic iter procedimental per a la seva elaboració, en el qual la bilateralitat apareixia com una condició determinant.

En el cas de Catalunya, igual com les altres nacionalitats i regions que van exercir el seu dret a l'autonomia mitjançant el procediment establert a l'article 151.2 CE, es reforçava aquest caràcter bilateral mitjançant l'exigència d'un procediment negociat en seu de la Comissió Constitucional del Congrés dels Diputats amb la participació d'una delegació de l'assemblea proponent, de manera que la formulació definitiva de la proposta resultés del "comú acord" d'ambdues parts. És per això que aquests estatuts han pogut ser qualificats com "pactats", per contraposició als que van ser aprovats mitjançant el procediment previst a l'article 143 CE.

Pel que fa a la reforma dels estatuts, en canvi, la Constitució es remet expressament a allò que s'hi disposi, la qual cosa reforça encara més el seu caràcter de normes específiques i diferenciades de la resta de l'ordenament. Ara bé, la mateixa lògica del sistema exigeix que en aquest procediment es respectin les característiques de bilateralitat i negociació esmentades. Conseqüentment:

A) Les Corts Generals han estat desapoderades per procedir per si mateixes a la reforma dels estatuts.

B) El nostre Estatut regula el procediment de reforma en els seus articles 56 i 57, de forma precisa en tot allò que afecta la fase d'elaboració que correspon al Parlament (art. 56.1), encara que sense poder evitar una certa confusió respecte a la fase substanciada a les Corts Generals. Es tracta, certament, d'una llacuna que haurà de ser integrada de la forma que es consideri oportuna, qüestió aquesta sobre la qual no ens correspon opinar, encara que convé recordar que la Proposta de Reforma sotmesa al nostre dictamen resol aquest problema per al futur (títol VII, art. 217 i 218).

C) La iniciativa legislativa de la reforma correspon exclusivament al Parlament. Conseqüentment, la hipotètica realització d'un tràmit de presa en consideració no significa que el Congrés dels Diputats la faci seva, com succeeix de forma ordinària amb les proposicions de llei. El Parlament conserva la disposició sobre la proposició, i pot retirar-la en qualsevol moment de la tramitació si ho considera oportú.

4. És així com la doctrina científica i jurisprudencial, aquesta última de forma menys rotunda, han pogut reconèixer els criteris definidors d'aquest tipus especial de normes que són els estatuts d'autonomia pactats.

A) En la mesura que constitueixen complement indispensable de la Constitució per a la determinació de la distribució territorial del poder, els estatuts integren l'anomenat bloc de la constitucionalitat. Són, doncs, juntament amb la mateixa Constitució, paràmetre o cànon per enjudiciar la constitucionalitat de la legislació estatal i autonòmica en aquesta matèria.

Qualsevol infracció de la norma estatutària és, doncs, infracció de la Constitució, com ja va reconèixer el Tribunal Constitucional (STC 163/1995, de 8 de novembre, FJ 4), però els mateixos estatuts estan subordinats a la Constitució en tots els seus aspectes, i guarden amb aquesta, igual que qualsevol altre tipus de normes, una relació de subordinació jeràrquica, que s'haurà de protegir, en el seu cas, mitjançant els procediments del recurs i la qüestió d'inconstitucionalitat expressament previstos a l'article 27.2.a LOTC en relació amb els articles 161.1.a i 163 CE.

Això no significa que l'Estatut prevalgui de forma absoluta i incondicionada sobre qualsevol altre instrument normatiu, sinó que "el único parámetro para enjuiciar la validez constitucional de una disposición incluida en un Estatuto de Autonomía es la propia Constitución; esto es, la constitucionalidad de un precepto estatutario sólo puede enjuiciarse sobre la base de su conformidad con la norma fundamental" (STC 99/1986, d'11 de juliol, FJ 4), la qual cosa inclou els possibles conflictes entre diversos estatuts d'autonomia, com és el cas de la Sentència citada. Conseqüentment amb tot el que hem dit, els estatuts s'hauran d'interpretar d'acord amb la mateixa Constitució.

B) Són instruments normatius de caràcter paccionat, ja que tant la seva aprovació com la seva reforma exigeixen la concurrència o concordança de les dues voluntats, l'autonòmica i l'estatal o, si es prefereix, la "coparticipació entre l'Estat i la comunitat". La primera voluntat és manifestada per l'assemblea legislativa (en el nostre cas, el Parlament) i, posteriorment, pel cos electoral; la segona voluntat correspon en exclusiva a les Corts Generals.

C) Disposen d'una força especial, força "passiva" o resistència, ja que només poden ser reformats mitjançant el procediment específic que els mateixos estatuts preveuen. El Tribunal Constitucional ja va reconèixer aviat aquesta realitat en la seva Sentència 36/1981, de 12 de novembre, en la qual va afirmar que la regulació que feia la Llei basca 2/1981, de 12 de febrer, "supone la modificación del Estatuto de Autonomía [...] por un cauce distinto del previsto tanto en la Constitución de 1978 –artículo 147, número 3- como en el propio Estatuto de Autonomía [...] per la qual cosa..." ha vulnerado tanto la Constitución [...] como el propio Estatuto Vasco" (FJ 4). A més, el nostre Estatut disposa d'una rigidesa excepcional, ja que es requereixen majories molt qualificades per a la seva elaboració en fase autonòmica, a les quals s'ha d'afegir la majoria pròpia de les lleis orgàniques en les Corts Generals i l'aprovació mitjançant referèndum pel poble de Catalunya.

D) Conseqüentment, una vegada aprovat i promulgat, l'Estatut és indisponible tant per al legislador estatal com per al legislador autonòmic, de manera que és immune a qualsevol modificació realitzada per llei orgànica o ordinària, amb el benentès que amb aquesta expressió ens referim a les normes estatutàries pròpiament dites, i no als preceptes que contenen proposicions diferides i condicionades a la intervenció del legislador estatal. Només s'exceptuen d'aquesta resistència els casos expressament previstos per la Constitució (art. 149.1.29, 152.1, paràgraf segon i, en el seu cas, 157.3) o pels estatuts mateixos, que poden, a aquests efectes, operar una "desestatutzació" com l'observada en la disposició adicional sisena, apartat segon EAC.

E) Aquesta especial immunitat ha de comportar, òbviament, una contrapartida ineludible: l'Estatut no pot regular qualsevol tipus de matèries, sinó només aquelles que estan directament relacionades amb la seva específica naturalesa i funció constitucional, qüestió aquesta a la qual ens referirem immediatament després. No obstant això, no hi ha distinció de força entre els diferents preceptes estatutaris, per la qual cosa, una vegada promulgat l'Estatut, tot el seu contingut queda afectat per la congelació de rang abans referida, amb les excepcions indicades.

5. El que acabem de dir s'ha d'entendre en relació amb allò que es preveu a l'article 147.1 CE, en la mesura que els estatuts d'autonomia s'integren a l'ordenament jurídic de l'Estat, que els reconeix i empara com a tals. Però, a més, els estatuts donen lloc a l'aparició i al desenvolupament d'un ordenament autonòmic propi i diferenciat, que s'articula de forma harmònica amb l'ordenament estatal en un context plural.

A) Els estatuts van actuar, en el seu moment, com a instrument normatiu fundacional i fundant de la respectiva comunitat autònoma. Mitjançant l'estatut, la comunitat exerceix el seu dret a l'autogovern, es constitueix com a tal i decideix els elements que la identifiquen: denominació, territori, llengua i símbols.

B) Com a "norma institucional bàsica de la Comunitat", l'estatut determina les seves institucions i forma de govern, la seva organització i les seves competències, d'acord amb la Constitució. El principi dispositiu actua en aquestes matèries amb tota la seva plenitud.

C) L'Estatut, finalment, és norma de capçalera de l'ordenament autonòmic. És per això que actua com a norma sobre la producció de les normes, i com a tal conté previsions que afecten l'ordenament mateix (tipus de normes i la seva eficàcia territorial i personal, jerarquia, òrgans titulars de les potestats normatives), o que imposen condicionaments per a la creació del dret (procediments, reserves, mandats als poders públics), així com el procediment per a la seva pròpia reforma.

Conseqüentment, l'Estatut opera, respecte a la resta de l'ordenament autonòmic, com a norma suprema amb eficàcia derogatòria immediata, sempre, naturalment, que així resulti de les característiques de la corresponent norma estatutària.

6. L'específica naturalesa dels estatuts d'autonomia condiona el seu contingut. Això és així perquè, com dèiem anteriorment, la inclusió d'una determinada disposició al cos estatutari la converteix en indisponible tant per a les Corts Generals com per al parlament autonòmic corresponent, que no hi poden intervenir de forma unilateral. Conseqüentment, es produeix una limitació a l'exercici de la potestat legislativa, i aquesta limitació només resulta constitucionalment acceptable quan és necessària per garantir el compliment de la funció que la Constitució ha encomanat als estatuts.

Tots els estatuts d'autonomia que han estat aprovats al llarg dels últims anys han respectat de forma general aquest principi i oferien un notable grau d'autocontenció, limitant-se amb petites excepcions a les qüestions expressament previstes per la Constitució. En canvi, la Proposta de Reforma objecte d'aquest dictamen opera de manera diferent, ja que incorpora un text que, tant per la seva extensió, com per les matèries regulades, com per la tècnica legislativa utilitzada, suposa una opció distinta de la que havia estat usual fins al moment. Convé, doncs, que abordem aquesta qüestió.

A) Existeix un contingut necessari i indisponible per a tots els estatuts, determinat per l'article 147.2 CE, al qual cal afegir allò que resulta de l'article 69.5 CE sobre els procediments de designació dels senadors de representació autonòmica. Constitueix el que podríem qualificar com a "nucli dur" de la reserva estatutària, vedat a qualsevol altre tipus de norma que no sigui l'Estatut mateix, si bé és cert que el Tribunal Constitucional ha admès la possibilitat d'una certa remissió al legislador autonòmic fins i tot en els casos en els quals, com succeeix amb la determinació de la seu de les institucions pròpies, la Constitució és taxativa (STC 89/1984, de 28 de setembre, FJ 7).

En la Proposta de Reforma objecte del present dictamen aquestes matèries apareixen regulades en els títols preliminar, II i IV, i la seva extensió deriva en gran part de la seva nova tècnica legislativa d'assumpció de competències, que renuncia a la clàusula del "sens perjudici" i opta per la definició casuística i detallada, dins de cada títol competencial, de submatèries o perfils competencials.

B) Així mateix, la Constitució ha previst un contingut que podríem qualificar com a disponible, caracteritzat per l'expressió "podrán". La seva inclusió en la Proposta de Reforma no ha de plantejar, en principi, problemes de gran transcendència, encara que és cert que sovint ens trobem amb una regulació que no s'ajusta estrictament a la matèria prevista pel corresponent precepte constitucional. No obstant això, entenem que la doctrina jurisprudencial sobre les matèries connexes podria ser aplicable en aquests casos, amb el benentès que amb això no estem justificant la intensitat i el contingut d'aquesta regulació, que examinarem en cada cas.

a) La determinació del règim de llengua oficial pròpia (art. 3.2 CE). La Proposta de Reforma

inclou decisions que fins ara havien estat considerades com a opcions del legislador.

b) El reconeixement d'ensenyes i banderes pròpies (art. 4.2 CE).

c) La competència per establir i exigir tributs propis (art. 133.2 CE) que, al costat de la possibilitat d'actuar com a col·laboradors o delegats de l'Estat per a la recaptació, la gestió i la liquidació dels seus recursos tributaris (art. 156.2 CE), justifica la incorporació d'un títol específic sobre finançament (títol VI de la Proposta de Reforma).

d) La determinació dels casos, requisits i terminis per a la celebració de convenis i acords de cooperació amb altres comunitats autònomes (art. 145 CE).

e) Les formes de participació en l'organització de les demarcacions judicials del seu territori (art. 152.1, segon paràgraf CE). La Proposta de Reforma dedica un títol específic a aquesta qüestió (títol III) que, en la mesura que pugui afectar matèries reservades a la llei orgànica, haurem de tractar posteriorment.

f) Finalment, la creació i el reconeixement de circumscripcions territorials pròpies, constituïdes a partir de l'agrupació de municipis (art. 152.3 CE). També en aquesta matèria la Proposta de Reforma innova de manera substancial, ja que els escassos preceptes existents al vigent Estatut es converteixen en dos capítols del títol II (capítol VI sobre govern local, dividit al seu torn en quatre seccions sobre organització general, municipis, vegueries i comarques; i capítol VII sobre el règim especial de l'Aran).

7. Tota la regulació material que acabem d'identificar, d'una manera o d'una altra, presenta una connexió suficient amb el contingut necessari i disponible de tot estatut d'autonomia, tal com deriva de forma directa o indirecta de les prescripcions constitucionals. No obstant això, hi ha altres qüestions que no presenten una connexió tan evident.

La més important és la relativa a la incorporació d'una extensa declaració de drets i deures, així com de principis rectors, superant la pràctica que havia estat habitual fins ara. Naturalment, aquesta decisió de l'estatutent serà més operativa si afecta drets que no estan expressament reconeguts per la Constitució o, si més no, si amplia el nivell de protecció que la Constitució reconeix. En gran manera això és el que es fa al títol I (art. 15 a 52), mitjançant una operació que per si mateixa no solament és vàlida sinó mereixedora d'elogis, perquè tot el que signifiqui ampliar i aprofundir la protecció dels drets de les persones així ha de ser considerat.

En un altre Fonament examinem aquesta qüestió amb més deteniment. Això no obstant, volem deixar clar que la legitimitat constitucional d'aquesta operació queda avalada per la indubtable connexió de la matèria regulada amb les competències de la Generalitat. Efectivament, la gran majoria dels drets reconeguts en el títol I estan configurats més com a mandats d'optimització que com a regles d'immediata aplicació, mitjançant la utilització de clàusules molt obertes, acompanyades d'una remissió al legislador amb la usual expressió "en els termes establerts per la llei". Així, doncs, el que fa la Proposta de Reforma, precisament, és imposar regles, condicions i garanties a la Generalitat, i per tant actua com un límit a l'exercici de les seves competències, de manera que s'asseguri de la manera més àmplia possible la dignitat de la persona i el lliure desenvolupament de la seva personalitat.

És cert que aquesta tècnica de remissió al legislador limita el potencial transformador que podria deduir-se d'una declaració de drets que, com la que ens ocupa, es refereix fonamentalment a drets socials i de prestació, però aquesta és una opció política que a nosaltres no ens correspon enjudiciar.

El títol I presenta, doncs, una indubtable connexió amb la matèria prevista a l'article 147.2.d CE.

8. En canvi, entenem que l'Estatut d'autonomia no hauria de ser l'instrument constitucionalment adequat per reformar lleis orgàniques. El fet que el mateix Estatut sigui aprovat per mitjà de llei orgànica no significa, en absolut, que pugui ser integrat dins d'aquesta categoria sense més ni més. En realitat, sota aquesta denominació, la Constitució

ha inclòs instruments normatius que no són assimilables, ja que disposen d'un contingut reservat, i com a tals la Constitució els ha previst de forma específica.

En qualsevol cas, el que resulta ineludible és que si, com dèiem anteriorment, l'Estatut aprovat i promulgat resulta indisponible per al legislador estatal, tenint en compte el seu caràcter de bilateralitat i norma paccionada, no tindria cap sentit privar l'Estat de la seva potestat per dictar lleis orgàniques que, en canvi, expressen la seva voluntat unilateral no sotmesa a altres límits que els derivats de la mateixa Constitució. Qüestió diferent és la possibilitat que l'Estatut incorpori, mitjançant disposicions addicionals, mandats als poders autonòmics perquè instin la reforma de determinades lleis orgàniques utilitzant els instruments previstos en l'ordenament, o previsions d'eficàcia diferida d'aquelles de les seves disposicions que requereixin la intervenció del legislador orgànic, opció aquesta que podrà ser especialment vàlida en aquells casos, com són els relatius al Poder Judicial i a les Forces i Cossos de Seguretat, en què la mateixa Constitució ha previst la intervenció de l'Estatut mitjançant expressions com "de conformitat amb" o "en el marc de".

El mateix es pot dir de les matèries que, per ser competència exclusiva de l'Estat a l'empara de l'article 149.1 CE, només podrien ser considerades com a competències de la Generalitat mitjançant la corresponent llei orgànica de transferència o delegació prevista a l'article 150.2 CE. Per les mateixes raons que indicàvem anteriorment, l'Estatut no és l'instrument normatiu constitucionalment adequat per operar com una d'aquestes lleis, i considerem que la tècnica legislativa més adequada hauria estat la d'acompanyar a la proposta d'Estatut la corresponent proposició de llei orgànica, perquè fos tramitada simultàniament i estigués en condicions de ser promulgada al mateix temps que l'Estatut. Això no obstant, la incorporació de les matèries susceptibles de transferència o delegació en una disposició addicional, com fa la Proposta de Reforma, no planteja problemes de validesa constitucional, sempre que quedi clar que es tracta de competències extraestatutàries i diferides, que només podran ser assumides quan i en la mesura que les Corts Generals aprovin la corresponent llei orgànica.

## Fonament 2

1. El títol preliminar s'inicia amb un article rubricat "La Nació catalana", constituït per dos apartats, el primer dels quals afirma únicament que "Catalunya és una nació". Aquesta no és l'única referència de la Proposta de Reforma on es fa esment al terme "nació" o als seus derivats, però sí que és aquella en la qual apareix d'una forma més directa i clara, per la qual cosa, a continuació, ens referirem a l'article 1.1 de la Proposta de Reforma i posteriorment, un cop ens haguem pronunciat sobre la seva constitucionalitat o no, seguirem amb aquells articles que hi estan connectats o que esmenten el caràcter nacional de Catalunya.

L'anàlisi d'aquest precepte ens podria portar a fer un excursus molt llarg sobre la noció d'allò que s'entén per "nacional" i per "nació", cosa que obviarem, atès que són termes d'ús general i no es vol allargar aquest dictamen, que, per raó de la petició, ja serà prou extens. Tanmateix, cal indicar breument que es tracta d'un concepte polisèmic que ha tingut diverses accepcions i que no sempre s'ha identificat amb la idea d'Estat, sinó que també s'ha definit des del vessant cultural, sociològic i també jurídic, sense que se'n dedueixi una única definició, en cadascun d'aquests camps del saber. Per aquesta raó, entenem que hi ha nocions de "nació" que no són contradictòries amb l'ús constitucional d'aquest terme emprat a l'article 2 CE, que, entre d'altres coses, diu:

"La Constitució es fonamenta en la indissoluble unitat de la Nació espanyola [...], reconeix i garanteix el dret a l'autonomia de les nacionalitats i de les regions [...]"

A més a més, com es veurà, dins de les accepcions del mot "nacionalitat" n'hi ha també que fan equivalent aquesta expressió a la de "nació".

En el debat constituent van ser diversos els oradors que entengueren que nacionalitat era sinònim de nació i alguns, fins i tot, plantejaren la possibilitat que Espanya fos entesa com una "nació de nacions"; mentre que altres parlamentaris consideraven que nacionalitat no era pas un terme adient, des de la perspectiva de la Constitució espanyola, precisament perquè entrava en contradicció amb el terme "nació". En qualsevol cas, d'acord amb una interpretació autèntica de la Constitució, la majoria de parlamentaris que intervingueren en les

sessions corresponents del debat constituent entenen que nació i nacionalitat eren el mateix, és a dir, conceptes idèntics i intercanviables. Aquesta sinonímia també ha estat posada en relleu per la doctrina.

Naturalment la interpretació dels antecedents no és l'única possible, però, als nostres efectes, mostra un límit a l'ús de la paraula "nació" dins de l'Estatut de Catalunya, de forma que el sentit que s'empra a l'Estatut ha de ser un altre diferent del que la Constitució predica de la Nació espanyola, perquè, en cas contrari, entrarien en contradicció i no seria aleshores possible parlar d'una "nació de nacions" o d'un "estat-nació plurinacional".

Des d'aquest punt de vista, la diferència essencial entre els dos vocables de "nació" -el que apareix a la Constitució i el que podria recepcionar-se a l'Estatut- no és altra que l'atribució del concepte clàssic de sobirania, que incorpora el terme "nació" a la Constitució. En qualsevol cas, un cop establert el límit constitucional, no és funció del Consell entrar ara a escatir quin és el concepte de nació que pren l'Estatut, ja que totes les nocions que siguin conformes amb el límit enunciat seran compatibles amb la Constitució, que és el context jurídic imprescindible de l'Estatut d'autonomia.

Aquesta argumentació ve reforçada, seguint amb una hermenèutica de caràcter sistemàtic, per la dicció del segon apartat de l'article 1 de la Proposta de Reforma: "Catalunya exerceix el seu autogovern mitjançant institucions pròpies, constituïda com a comunitat autònoma d'acord amb la Constitució i aquest Estatut", cosa que contribueix a fer copsar els poders de la Generalitat com a poders estatals, en tant que la Generalitat és Estat, com ho són també les institucions centrals, d'acord amb una primera jurisprudència constitucional en la qual s'advertia de l'ús amfibològic de la paraula "Estat" i que recull la Proposta de Reforma a l'article 3.1, quan afirma també "la Generalitat és Estat". En aquest sentit, l'expressió "Nació catalana" no és només de contingut cultural sinó també política i jurídica, tot i que està sotmesa al límit constitucional predit.

Finalment, també ens podríem plantejar si una definició com la de l'article 1.1 de la Proposta de Reforma és pertinent i adequada en un text jurídic com és l'Estatut d'autonomia. La resposta és positiva perquè a l'Estatut actual ja es defineix Catalunya com a nacionalitat i a la Constitució, que no es dubta de la seva eficàcia jurídica, es defineix Espanya com a nació i es distingeix ensems les nacionalitats de les regions a l'article 2 CE, sense que, fins a l'actualitat, se n'hagin derivat conseqüències jurídiques. A més, tampoc no està prohibit constitucionalment que es defineixi cada comunitat autònoma. Al contrari, l'article 147.2.a CE demana, pel cap baix, que els corresponents estatuts d'autonomia triïn la denominació de la comunitat que s'ajusti millor a la seva identitat històrica.

En conclusió, resta palesa la constitucionalitat de l'article 1 de la Proposta de Reforma en el seu conjunt i de tots els articles que contenen la noció "nacional" referida a Catalunya, com ara l'article 3.1 de la Proposta on es fa referència a un principi de plurinacionalitat que regeix, entre d'altres, les relacions de la Generalitat amb l'Estat central; o també l'article 8 de la Proposta de Reforma, referit als símbols nacionals de Catalunya, on es qualifiquen amb el derivat del terme nació, com ja va fer la Llei catalana 1/1980, de 12 de juny, de la diada nacional, sense que fos impugnada davant del Tribunal Constitucional.

2. Solament caldria fer esment, per connexió material, a l'article 2.4 de la Proposta de Reforma, per si es pogués entendre que aquest precepte podria col·lidir amb la noció excloent de sobirania a la qual ens hem referit més amunt.

L'apartat quart de l'article 2 de la Proposta de Reforma, referit a la Generalitat, afirma que els poders d'aquesta "emanen del poble de Catalunya i s'exerceixen d'acord amb el que estableixen aquest Estatut i la Constitució". Aquest darrer incís ja és suficient, a parer nostre, per declarar la constitucionalitat del precepte, però ad addendam podem afegir que altres estatuts d'autonomia vigents empen expressions similars, com ara el de Canàries (art. 1.2), que diu que "del poble" de la comunitat de què es tracti -en aquest cas, "el poble canari"-; "emanen els seus poders", cosa que -amb una dicció diferent- també s'escau interpretar de la literalitat dels Estatuts d'Andalusia (art. 1.3), Aragó (art. 1.2) i Castella i Lleó (art. 10.1); fet que pot omplir de contingut la referència "pobles d'Espanya" del proemi constitucional. A més, el vigent article 1.3 EAC ja deia que "Els poders de la Generalitat emanen [...] del poble",



sense indicar explícitament que es tracta del poble català, però que la doctrina que s'ha ocupat de la qüestió sobreentenia; d'una banda, perquè el preàmbul de l'Estatut fa referències al poble de Catalunya; i de l'altra, perquè es dedueix, sense dificultats, per l'existència d'institucions pròpies que exerceixen l'autonomia política i que representen la voluntat popular, com succeeix a molts d'altres estatuts, on no es fa una menció expressa al poble de la comunitat. En conseqüència, això implica l'existència d'un poble diferenciat i corresponent a la comunitat autònoma en qüestió. Per tant, l'article 2.4 de la Proposta de Reforma és constitucional.

3. Del contingut d'aquest títol preliminar s'escau abordar ara, en segon lloc, l'adequació a la Constitució de l'article 5 i de la disposició addicional primera de la Proposta de Reforma. Així mateix, per raó de llur connexió amb els esmentats preceptes, analitzarem també el contingut de les esmenes 13 i 400, així com també els vots particulars 398 i 399. No obstant això, cal fer avinent que, en la mesura que l'abast jurídic d'aquests dos preceptes que són objecte del nostre dictamen de constitucionalitat és heterogeni, per raó de la seva especial rellevància, tractarem en primer lloc la disposició addicional primera.

L'article 5 estableix que:

“L'autogovern de Catalunya es fonamenta en els drets històrics del poble català, que aquest estatut incorpora i actualitza”.

Per la seva banda, la disposició addicional primera estableix que:

“1. Es reconeixen i s'actualitzen, per mitjà d'aquest Estatut, tal com estableix l'article 5, els drets històrics de Catalunya, d'acord amb el que estableix la disposició addicional primera de la Constitució.

2. 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).

3. Els drets històrics, en la Constitució, emparen i garanteixen el règim singular de les competències i les atribucions de la Generalitat en els termes que estableix aquest Estatut”.

4. Una primera consideració que cal fer relativa al contingut d'aquests dos preceptes és que aquesta previsió normativa sobre els drets històrics contemplada a la Proposta de Reforma, en termes generals, no resulta estranya a l'ordenament constitucional vigent. En aquest sentit, és clar que la Constitució espanyola de 1978, en principi i de forma global, es refereix als drets històrics com a Fonament de l'autogovern quan estableix, a la disposició addicional primera, que: “La Constitució empara i respecta els drets històrics dels territoris forals. L'actualització general del dit règim foral es durà a terme, en el seu cas, dins el marc de la Constitució i dels Estatuts d'Autonomia”.

Una segona consideració és la referida a la relació entre Constitució, en la seva condició de norma jurídica de l'Estat i drets històrics dels territoris forals. Aquesta singularitat de l'ordenament constitucional espanyol obliga a determinar el valor que pugui tenir aquesta dualitat en el marc de l'anàlisi jurídica dels dos conceptes. Altrament dit, cal precisar l'abast de la compatibilitat del binomi integrat per la Constitució, que és el resultat de la voluntat del constituent expressada democràticament en un moment determinat i que es projecta vers el futur, i determinats drets històrics dels territoris forals, que provenen del passat, d'un passat que, òbviament, és anterior al moment constituent de 1978.

En tot cas, també és obvi que per a aquest òrgan consultiu la rellevància jurídica d'una norma

vigent, com són la Constitució espanyola de 1978 i l'Estatut d'autonomia de Catalunya de 1979, i la que puguin tenir els drets històrics dels territoris forals vigents en el passat, és l'únic paràmetre de referència per a aquest dictamen de constitucionalitat que ens ha estat encomanat. En conseqüència, la interrelació jurídica que pugui existir entre el present i el passat i l'anàlisi jurídica dels drets històrics com a títol atributiu de competències, que és l'únic objecte d'aquest dictamen, en cap cas pot qüestionar l'existència mil·lenària d'identitats col·lectives prèvies a la Constitució, històricament contrastades, com és la de Catalunya, definida a l'article 1.1 de la Proposta de Reforma. Es tracta de dos àmbits diferents: el primer pertany al domini del dret i és l'únic sobre el qual es pronuncia el dictamen, mentre que el segon és part integrant de la història.

La Constitució com a norma jurídica superior de l'Estat, en la seva condició de norma jurídica i norma normarum, configuradora del sistema de fonts de l'ordenament jurídic, i l'Estatut en la seva qualitat de norma institucional bàsica, són expressió del racionalisme normatiu que ha definit el constitucionalisme que es consolida a Europa a partir de 1945. Un constitucionalisme fonamentat en els trets bàsics que han caracteritzat el denominat Estat social i democràtic de dret. És a dir, en la llei com a expressió de la voluntat popular democràticament manifestada, en el principi de la divisió de poders, en el principi de constitucionalitat que determina la superioritat jeràrquica de la Constitució, en el principi de legalitat que subordina tots els actes dels poders públics a la llei i en el reconeixement dels drets i llibertats de les persones, dotats de garanties jurisdiccionals davant els tribunals. Aquest racionalisme normatiu s'ha fonamentat, així mateix, en dos pilars bàsics: d'una banda, en el principi democràtic, que comporta la constitucionalització de la sobirania popular a través del sufragi universal, així com també la participació política, essencialment a través de les eleccions i el referèndum, sempre en el marc del pluralisme polític que ha de servir per garantir l'alternança d'opcions polítiques. I, d'altra, en la complementarietat de dos valors constitucionals: la llibertat i la igualtat. En conseqüència, l'ordenament jurídic de l'Estat democràtic ha de respondre a aquestes exigències del constitucionalisme racional normatiu.

Quan la norma constitucional incorpora una remissió a determinades realitats col·lectives sedimentades a través de la història que, eventualment, han estat expressió de drets o institucions de dret públic o privat vigents en el passat, ho ha de fer d'acord amb els paràmetres de la racionalitat jurídica que la Constitució de l'Estat democràtic estableix. Les invocacions a realitats històriques han de tenir expressió jurídica en normes que prèviament hagin estat expressament legitimades per la voluntat popular, és a dir, avalades pel principi democràtic. Així ha de ser entesa la previsió contemplada a la disposició addicional primera de la Constitució quan, en preceptuar que "empara i respecta els drets històrics dels territoris forals", estableix que "l'actualització general del dit règim foral es durà a terme, en el seu cas, dins el marc de la Constitució i dels Estatuts d'Autonomia".

Són, doncs, la Constitució i, si s'escau, els estatuts d'autonomia, les disposicions que, d'acord amb el seu contingut, predeterminen i condicionen la connexió existent entre els drets històrics i l'ordenament jurídic vigent, entre el passat i el futur normatiu. La Constitució i, en el seu cas, l'estatut d'autonomia de la comunitat autònoma, són els únics instruments normatius que serveixen per a modular el passat normatiu-institucional segons les previsions generals que va establir el procés constituent de 1978, d'acord amb els principis que caracteritzen l'Estat social i democràtic de dret. En aquest sentit, quan la disposició addicional primera de la Constitució estableix que l'actualització general del règim foral es durà a terme en el marc de la mateixa Constitució i dels estatuts d'autonomia, està afirmant que la remissió a la història en cap cas pot violentar aquells principis. La Constitució, i també l'estatut, són l'instrument jurídic que ha de permetre l'assumpció de drets històrics, sempre que aquests no contradiguin els principis de l'Estat social i democràtic de dret. En conseqüència, la remissió a clàusules històriques fetes per la norma constitucional i, en el seu cas, per la norma estatutària, no poden crear una doble legitimitat o una legitimitat alternativa al principi democràtic: és a dir, una basada en el principi democràtic i una altra d'arrel historicista. La remissió a la història no pot suposar la institucionalització d'un sistema jurídic i d'un sistema normatiu que resulti contrari a aquell que deriva del sufragi universal i, per tant, del principi de la sobirania popular.

La Constitució i l'estatut d'autonomia, com a subjectes normatius que integren el bloc de la constitucionalitat, poden garantir drets històrics sedimentats al llarg de la història. Però

perquè aquesta previsió sigui constitucional és necessari que prèviament els identifiquin; altrament dit, la remissió històrica serà assumible jurídicament sempre que sigui la norma democràtica la que hagi decidit, amb caràcter previ, explicitar materialment la remissió a normes històriques. En aquest sentit, la prèvia concreció duta a terme per un estatut de comunitat autònoma, d'acord amb el principi general contemplat a la disposició addicional primera de la Constitució, és la garantia de la interconnexió entre el passat i el futur. Sempre que l'estatut, cal reiterar-ho, introdueixi una certa concreció de la norma històrica a la qual es remet, aquesta concreció esdevé una garantia de previsibilitat jurídica i, per tant, de seguretat jurídica, element essencial del sistema jurídic en un Estat de Dret. Per contra, si aquesta concreció no existís, si la invocació fos genèrica, la remissió a drets històrics romandria varada en una nebulosa indeterminada i abstracta, mancada de seguretat jurídica i, en conseqüència, aliena als principis de l'Estat democràtic. Més encara, quan la invocació a drets històrics estigui prevista per dur a terme un nou procés de distribució de competències, és a dir, d'atribució de poder normatiu, caldrà que la connexió entre la norma constitucional que habilita per a fer-ho i la identificació del destinatari o beneficiari d'aquesta atribució, així com també de l'objecte de les competències, sigui previsible i, en tot cas, no ofereixi dubtes.

5. Un cop fixades les condicions jurídiques prèvies que s'escauen tenir en compte per abordar la inserció dels drets històrics a l'article 5 i a la disposició addicional primera de la Proposta de Reforma, és obligat determinar l'abast de la previsió constitucional respecte d'aquesta qüestió prevista a la ja esmentada disposició addicional primera de la Constitució de 1978. Més concretament, ens correspon ara esbrinar quina fou la voluntat del constituent en aquest aspecte concret relatiu a la configuració general d'Espanya com a Estat políticament descentralitzat. Cal determinar si la dita disposició addicional primera de la Constitució es referia als drets històrics d'uns territoris forals específics o bé no introduïa cap distinció.

El contingut literal del text de la disposició addicional primera de la Constitució, és ben cert que no es refereix als drets històrics d'uns territoris forals determinats, sinó que l'esment a aquests és de caràcter genèric. Tanmateix, sembla necessari posar en relleu que la interpretació més adient de les normes jurídiques exigeix no reduir la seva anàlisi hermenèutica a una única regla interpretativa, perquè el risc d'arribar a un resultat erroni sobre el sentit de la norma pot ser alt, especialment si el criteri interpretatiu emprat es redueix a la verificació del seu sentit literal.

Per bé que els treballs parlamentaris constitueixen un important criteri interpretatiu del sentit de les normes, cal recordar també que no el determinen, com així ho recordava el Tribunal Constitucional (STC 5/1981, de 13 de febrer, FJ 9). No obstant això, la voluntat expressada pels representants populars en el procés constituent no pot ser negligida, especialment en un procés constituent com el que va concloure amb la promulgació de la Constitució. D'aquesta manera, si recorrem als antecedents parlamentaris que permeten analitzar l'origen d'aquest precepte constitucional, es pot constatar que, a diferència del que, eventualment, podria derivar-se d'una interpretació literal, l'abast de la previsió sobre l'empara i respecte als drets històrics contemplada a l'esmentada disposició addicional primera de la Constitució es reduïa als territoris històrics basco-navarresos: Àlaba, Biscaia, Guipúscoa i Navarra. El conjunt dels debats parlamentaris i l'anàlisi de l'última fase de la discussió i la controvèrsia parlamentàries a les Corts Generals espanyoles amb els quals s'anava finalitzant el procés constituent de 1978, previ a la convocatòria del referèndum del 6 de desembre de 1978, posa de manifest que la dita disposició addicional primera tenia uns destinataris únics i específics que no eren cap altres que els abans esmentats, amb l'objectiu –semblava ser– de sumar el màxim d'acords possibles per aconseguir el més ampli consens que permetés un gran suport popular al llavors Projecte de Constitució, que anava a ser sotmès poc després al referèndum esmentat. En aquest sentit es van pronunciar tots els parlamentaris (a excepció d'un diputat del grup mixt) que van intervenir en el debat, com així també tots els grups parlamentaris.

El constituent espanyol, doncs, amb el reconeixement dels drets històrics i la seva actualització d'acord amb la Constitució i els estatuts d'autonomia s'estava adreçant únicament tant a Navarra com als tres territoris bascos compresos en el territori de l'Estat (és a dir, els equivalents a les tres províncies basques), que foren i són de manera incontestable, com així ho fa palès la seva organització de l'autogovern, el fonament essencial del que després, amb l'aprovació de l'Estatut d'autonomia, fou la Comunitat Autònoma del País Basc.

No obstant això, convé assenyalar que a la Constitució s'hi contenen altres referents a factors històrics amb transcendència normativa referits a territoris integrants de l'Estat. S'escau, doncs, determinar si aquests fets anteriors a l'entrada en vigor de la Constitució tenen rellevància a l'hora de determinar l'abast subjectiu dels territoris històrics als quals es refereix la disposició addicional primera. I, en aquest sentit, determinar si més enllà dels basco-navarresos, per territoris històrics cal entendre d'altres de diferents. Perquè, en efecte, la disposició transitòria segona de la Constitució estableix que:

“Els territoris que en el passat haguessin plebiscitat afirmativament projectes d'Estatut d'Autonomia i en el moment de promulgar aquesta Constitució comptin amb règims provisionals d'autonomia, podran procedir immediatament en la forma prevista per l'apartat 2 de l'article 148, sempre que ho acordin així, per majoria absoluta, els òrgans pre-autonòmics col·legiats superiors, els quals hauran de comunicar-ho al Govern. El Projecte d'Estatut serà elaborat d'acord amb allò que estableix l'article 151, número 2, a convocatòria de l'òrgan col·legiat pre-autonòmic.”

Aquests territoris foren Catalunya, el País Basc i Galícia. Tots tres varen plebiscitar el seus respectius Estatuts d'autonomia durant el període de la II República i els Estatuts dels dos primers van arribar a estar vigents. Però la finalitat d'aquesta disposició transitòria no va ser cap altra que, en funció del fet històric de l'existència d'un plebiscit sobre l'autogovern al qual donava dret la Constitució republicana de 9 de desembre de 1931, crear una via especial d'accés a l'autonomia. Concretament, aquests tres territoris –les futures Comunitats Autònomes de Catalunya, País Basc i Galícia- disposaven d'un privilegi de procediment, que els permetia, a partir de l'entrada en vigor de la Constitució de 1978, adoptar una via més ràpida per accedir a l'autonomia, com era la descrita a l'article 151.2 de la Constitució. Una via que els facilitava prescindir de l'anomenat referèndum d'iniciativa autonòmica (art. 151.1 CE) al qual, preceptivament, havien de sotmetre's aquelles altres futures comunitats autònomes que, sense haver plebiscitat un projecte d'Estatut en el passat, tanmateix volguessin disposar des del primer moment, del màxim nivell d'autonomia permès per la Constitució, com fou el cas d'Andalusia, que va accedir-hi a través d'aquest procés més lent i rígid.

Aquesta era, doncs, l'única finalitat de la disposició transitòria segona de la Constitució, un precepte de caràcter exclusivament procedimental que en el seu moment va permetre privilegiar uns territoris que en el passat havien plebiscitat un Estatut d'autonomia. Però no era una disposició que servís per identificar els territoris forals titulars de drets històrics. I una bona prova d'això és que, com era evident, Navarra quedava exclosa dels avantatges processals que la disposició transitòria segona aportava per accedir a l'autogovern. Perquè, tot i disposar d'institucions forals en el passat, atès que no es va plebiscitar un Estatut d'autonomia quedava exempta dels beneficis que la disposició transitòria segona proporcionava.

Més encara, si recorrem ara a una anàlisi sistemàtica del text constitucional, el seu contingut permet constatar un cop més que la voluntat del constituent restava limitada als territoris basco-navarresos. Així es posa de manifest en la connexió directa establerta entre la disposició addicional primera amb la disposició derogatòria única, apartat segon, de la Constitució, la qual va establir que:

“En allò que pogués conservar alguna vigència, es considera definitivament derogada la llei de 25 d'octubre de 1839 en allò que pogués afectar les províncies d'Àlaba, Guipúscoa i Biscaia.

En els mateixos termes es considera definitivament derogada la llei de 21 de juliol de 1876.”

Aquesta relació directa entre els dos preceptes constitucionals, la disposició addicional primera i la disposició derogatòria, apartat segon, redueix l'abast que ja en aquestes circumstàncies es pugui donar al criteri segons el qual la norma constitucional pot cobrar autonomia respecte del legislador que la va generar en un moment històric determinat. Perquè la previsió de l'actualització dels drets històrics dels territoris forals a la disposició addicional primera de la Constitució de 1978 va tenir una especial concreció restablint un

règim de foralitat pública a l'any següent, a l'Estatut d'autonomia del País Basc, aprovat mitjançant la Llei orgànica 3/1979, de 19 de desembre, i una cosa semblant va esdevenir quasi tres anys després en el cas de Navarra, a través de l'aprovació del seu règim d'autogovern mitjançant la Llei orgànica 13/1982, de 12 d'agost, coneguda com la Ley de reintegración y mejoramiento del Régimen Foral de Navarra. En ambdós casos, l'Estatut respectiu recollia de forma específica i detallada la referència als drets dels territoris històrics en un nombre rellevant dels seus preceptes. Així, en el cas de l'Estatut basc, els articles 3 (restabliment i actualització de l'organització de llurs institucions), 10.1 i 34 (demarcacions territorials municipals i règim jurídic de carreteres i camins), 16 (ensenyament), 17.1 (policia autònoma), i altres en el mateix sentit. I en el cas de Navarra els articles 2.1 (referència específica a la Llei de 25 d'octubre de 1839 i a la Llei Paccionada de 16 d'agost de 1841), 3 (integració en el règim foral de totes aquelles facultats i competències compatibles amb la unitat constitucional, ordenació democràtica de les institucions representatives forals), 39.1 (atribució de competències que continuava exercint a l'empara de la Llei Paccionada de 16 d'agost de 1841), i altres en el mateix sentit.

És a dir, tant en el cas basc com en el cas navarrès, l'aprovació dels respectius Estatuts d'autonomia fou el moment decisiu, d'acord amb la previsió establerta a la disposició addicional primera de la Constitució, per a dur a terme l'actualització dels drets dels territoris forals. Uns territoris en els quals la foralitat específica que els garanteix la Constitució de 1978 és una foralitat de dret públic. Diferent a la foralitat civil que la mateixa Constitució garanteix en l'àmbit del dret privat, a través de la previsió establerta a l'article 149.1.8, en el qual s'estableix la competència exclusiva de l'Estat sobre: "Legislació civil, sens perjudici de la conservació, modificació i desenvolupament dels drets civils, forals o especials per part de les Comunitats Autònomes allà on n'hi hagi. En qualsevol cas, les regles relatives a l'aplicació i a l'eficàcia de les normes jurídiques, relacions jurídic-civils relatives a les formes de matrimoni, ordenació dels registres i instruments públics, bases de les obligacions contractuals, normes per a resoldre els conflictes de lleis i la determinació de les fonts del Dret, d'acord, en aquest darrer cas, amb les normes del dret foral o especial".

Per tant, fou l'Estatut, naturalment legitimat per la Constitució, com a norma institucional bàsica, el que va concretar quins eren aquests drets dels territoris històrics, tot precisant, amb un divers grau de detall, sobre quines competències es projectaven. I el títol habilitant al qual els estatuts basc i navarrès es van acollir per fer-ho fou la tantes vegades esmentada disposició addicional primera.

Per la seva banda, la jurisprudència del Tribunal Constitucional ha estat explícita a l'hora d'interpretar l'abast de la disposició addicional primera. En primer lloc, i de sempre, la seva jurisprudència ha emfasitzat que no és un títol autònom de competències per als territoris forals (STC 123/1984, de 18 de desembre, FJ 4; 76/1988, de 26 d'abril, FJ 4; 140/1990, de 20 de setembre, FJ 3; 159/1993, de 6 de maig, FJ 6, etc.). També ha afegit que "nada impide que la atribución competencial de una determinada competencia como propia de alguna comunidad autónoma encierre también el reconocimiento de uno de los derechos históricos a que hace referencia la disposición adicional primera de la norma fundamental" (STC 94/1985, de 29 de juliol, FJ 6). I en aquest sentit, com ja ha estat signat anteriorment, l'Estatut és l'element decisiu per a l'actualització dels drets històrics (STC 159/1993, de 6 de maig, FJ 6). Finalment, sobre l'abast subjectiu al qual va adreçada la disposició addicional primera de la Constitució, el Tribunal ha estat especialment explícit, ja que, amb motiu de la Sentència del Tribunal Constitucional 76/1988, de 26 d'abril, en la qual va resoldre el recurs d'inconstitucionalitat plantejat contra alguns preceptes de la Llei 27/1983, del Parlament Basc, de territoris històrics, afirmà el següent:

"Comienza la disposición proclamando que 'La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales'. Viene pues a referirse a aquellos territorios integrantes de la monarquía española que, pese a la unificación del derecho público y de las instituciones políticas y administrativas del resto de los reinos y regiones de España, culminada en los decretos de Nueva Planta de 1707, 1711, 1715 y 1716, mantuvieron sus fueros (entendidos en el sentido de peculiar forma de organización de sus poderes públicos como del régimen jurídico propio en otras materias) durante el siglo XVIII y gran parte del XIX, llegando incluso hasta nuestros días manifestaciones de esta peculiaridad foral. Tal fue el caso de cada una de las provincias vascongadas y de Navarra. En lo que atañe a las primeras [...] sus

regímenes forales afectados por la Ley confirmatoria de 25 de octubre de 1839, y, posteriormente, por la Ley de 21 de julio de 1876, que vino a suprimir gran parte de las particularidades forales aún existentes, si bien las tres provincias vascongadas mantuvieron, a partir del Real decreto de 28 de febrero de 1878, que aprueba el primer concierto económico, un régimen fiscal propio, interrumpido respecto a Vizcaya y Guipúzcoa, por el Decreto-ley de 23 de junio de 1937, pero que se mantuvo para la provincia de Álava.” (FJ 2)

Així mateix, cal tenir en compte també la posició que en idèntica línia va sostenir el Tribunal Constitucional, en la seva Sentència 214/1989, de 21 de desembre (FJ 26), dictada amb motiu d'un recurs d'inconstitucionalitat presentat pel Parlament de Galícia i el Parlament i el Govern de la Generalitat de Catalunya contra la Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases del règim local, en la qual recordava a les parts recurrents que:

“[...] no pueden pretender [...] que los derechos reconocidos a los territorios históricos sean extensibles a las Comunidades de Cataluña y Galicia por el simple hecho de haber asumido idénticas competencias que la Comunidad Autónoma del País Vasco en materia de régimen local, dado el carácter particular o excepcional de los derechos reconocidos a los territorios históricos que tiene por objeto, como ha señalado la STC 76/1988, garantizar “la existencia de un régimen foral, es decir, de un régimen propio de cada territorio histórico de autogobierno territorial, esto es, de su ‘foralidad’...”, de manera que “la garantía constitucional supone que el contenido de la foralidad debe preservar tanto en sus rasgos organizativos como en su propio ámbito de poder la imagen identificable de ese régimen foral tradicional” (FJ 4º). Se comprende, de este modo, que esa garantía constitucional comporte un tratamiento normativo singular propio de ese régimen local y ello aun frente a los poderes del Estado.”

Per tant, la interpretació jurisprudencial és clara respecte d'aquesta qüestió en favor dels territoris basco-navarresos com a destinataris del règim de foralitat pública, al qual es refereix la disposició addicional primera de la Constitució.

En conseqüència, de la interpretació de la Constitució fonamentada en els antecedents parlamentaris del debat constituent i en la interpretació de caràcter sistemàtic dels preceptes relatius als drets històrics dels territoris forals, a més de la posició adoptada per la jurisprudència constitucional respecte d'aquesta qüestió, es deriva que els titulars dels règims forals, l'actualització dels quals és habilitada per la Constitució a través del respectiu Estatut d'autonomia, són els basco-navarresos.

No obstant això, hi ha un altre exemple estatutari que contempla un precepte genèric relatiu als drets històrics. És el cas de l'Estatut de l'Aragó. El fet que en un altre Estatut d'autonomia, com és el de la Comunitat Autònoma d'Aragó aprovat per la Llei orgànica 8/1982, de 10 d'agost (i reformat el 1994 i el 1996), es faci referència a drets històrics, no és causa que pugui permetre l'extensió de l'àmbit d'aplicació de la disposició addicional primera de la Constitució. En la seva disposició addicional tercera (la cinquena en la redacció original) estableix 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 hubieren podido corresponder en virtud de su historia, los que podrán ser actualizados de acuerdo con lo que establece la Disposición adicional primera de la Constitución.”

A banda del sentit donat a la disposició addicional primera de la Constitució en el debat constituent, la raó per la qual aquesta previsió de l'Estatut aragonès no permet l'extensió dels titulars dels drets històrics i de la seva actualització més enllà dels territoris bascos i navarresos, es fonamenta en el fet que, en cap cas, aquest Estatut no estableix en el seu articulat un punt de connexió o referència explícita que serveixi de marc per a l'actualització d'un ordenament jurídic històric, al contrari del que fan —com s'ha assenyalat anteriorment— l'Estatut del País Basc i la Ley de Amejoramiento del Fuero navarrès. Per tant, en aquestes condicions, la disposició addicional primera de la Constitució esdevé un precepte varat, en la mesura que no disposa de la necessària connexió expressa que hauria de contenir l'Estatut de la comunitat autònoma com a norma institucional bàsica que, entre d'altres, té per objecte la determinació de les competències que la comunitat autònoma assumeix. En aquest sentit, i

més enllà de la seva dimensió simbòlica i de disposar d'un eventual caràcter interpretatiu, l'esmentada disposició addicional tercera de l'Estatut aragonès resulta ineficaç en termes competencials. Així també es va pronunciar el Tribunal Constitucional en un supòsit en què fou al·legada aquesta disposició, amb relació a un recurs d'inconstitucionalitat sobre una llei aragonesa que modificava parcialment el dret civil propi, tot dient que la disposició addicional no podia ser presa en consideració, atès que: "los derechos históricos de las comunidades y territorios forales no puede considerarse como un título autónomo del que puedan deducirse específicas competencias no incorporadas a los estatutos" (STC 88/1993, de 12 de març, FJ 1). I aquesta és la diferència decisiva entre el cas aragonès i el que presenten els territoris basco-navarresos: que l'Estatut d'aquests últims sí que va incorporar en el seu articulat referències expresses a competències amb arrel històrica. I ho van fer, perquè eren els únics territoris als quals el constituent, a través de la disposició addicional primera, habilitava per mantenir una certa continuïtat històrica de les seves institucions forals de dret públic. Una continuïtat basada en la seva adequació als paràmetres de l'Estat social i democràtic de dret, que això era i és el que vol significar la prescripció constitucional "[...] dins el marc de la Constitució i dels Estatuts d'Autonomia".

Per tant, i ja amb relació a la Proposta de Reforma, segons els criteris que hem exposat en aquest Fonament i atenent al fet que: primer, la interpretació de la disposició addicional primera de la Constitució no permet incloure Catalunya com a integrant dels territoris forals que disposen d'un règim foral de dret públic, als quals es refereix aquest precepte constitucional; segon, la dita disposició addicional primera de la Proposta de Reforma es configura com un títol autònom d'atribució de competències, cal concloure que la dita disposició addicional primera de la Proposta de Reforma de l'Estatut d'autonomia de Catalunya, relativa al reconeixement i actualització dels drets històrics, és inconstitucional.

En coherència amb la mateixa argumentació, són constitucionals els vots particulars de supressió de la disposició addicional primera de la Proposta de Reforma, números 398 i 399.

Per les mateixes raons l'esmena número 400, que en la seva integritat estableix el següent:

1. Mitjançant el present Estatut, i tal com s'estableix a l'article 5 es reconeixen i actualitzen els drets històrics de Catalunya, d'acord amb el que preveu la disposició addicional primera de la Constitució.
2. Aquest reconeixement i actualització empara, de manera especial, en Dret Civil i en llengua pròpia".

Les raons de la inconstitucionalitat de la integritat d'aquesta esmena es fonamenten en el fet que, d'acord amb els antecedents legislatius i segons la seva interpretació sistemàtica amb la disposició derogatòria segona de la Constitució, l'àmbit propi de la disposició addicional primera de la Constitució només es projecta sobre la foralitat relativa a les institucions de dret públic de les actuals comunitats autònomes del País Basc i Navarra. La llengua i el Dret civil ja gaudeixen de garantia constitucional en els articles 3 i 149.1.8 CE.

Per tant, l'esmena núm. 400 també és inconstitucional.

Per la seva banda, l'article 5 de la Proposta de Reforma és un precepte que no constitueix un títol autònom d'atribució de competències. Perquè, en efecte, quan estableix que "l'autogovern de Catalunya es fonamenta en els drets històrics del poble català que aquest Estatut incorpora i actualitza", no hi ha cap obstacle constitucional per ubicar aquesta prescripció general continguda en el títol preliminar de la Proposta de Reforma, en un context de referència interpretativa per als poders públics, sense que, en aquest sentit, es pugui fer cap rebuig d'inconstitucionalitat.

### **Fonament 3**

1. El títol I de la Proposta de Reforma és el dedicat als drets, deures i principis rectoris. L'anàlisi de constitucionalitat del seu contingut versarà sobre els articles següents: l'article 21.1 i l'esmena número 35 (drets i deures en l'àmbit de l'educació); l'article 28.2 (dret de participació); l'article 32.5 (drets lingüístics davant les administracions públiques i les institucions estatals); l'article 37 (tutela, que serà analitzat en el Fonament V, dedicat al títol

III, que regula el Poder Judicial a Catalunya); l'article 42.3 (foment de la participació) i l'article 50.1 (els mitjans de comunicació social). No obstant això, abans d'abordar aquests aspectes específics, a criteri d'aquest òrgan consultiu convé tractar, amb caràcter general, la procedència jurídica del fet que la Proposta de Reforma prevegi en el seu títol I una declaració de drets, deures i principis.

La previsió d'aquesta declaració per part de la Proposta de Reforma no és una excepció en els exemples que aporta sobre això el dret comparat, en el casos d'estats compostos. Així, són diversos els antecedents que es poden invocar d'ens subestats (estats membres, länders, cantons) integrats en estats políticament descentralitzats, que disposen d'una declaració pròpia de drets, a més de la que reconeix la Constitució de l'Estat del qual formen part. Aquest és el cas, entre d'altres, dels estats membres del Estats Units, dels cantons de Suïssa o d'alguns länders en la República Federal d'Alemanya, per bé que en tots aquests i en d'altres supòsits la singularitat que ofereixen respecte de les previsions contingudes a la Constitució de l'Estat és diversa, com heterogenis resulten també l'abast i la rellevància dels drets reconeguts per les constitucions o les normes d'aquestes entitats subestats. Ara bé, el que resulta incontestable és que la previsió feta per la Proposta de Reforma d'incloure un títol en el qual es conté una declaració pròpia de drets i llibertats com a forma de limitar el poder públic, sens perjudici d'allò que amb la mateixa finalitat ha previst la Constitució estatal, no resulta estranya al dret comparat.

En segon lloc, aquesta previsió d'un títol dedicat a determinar els drets, deures i principis que la Proposta de Reforma estableix no contradiu l'ordenament constitucional vigent. En efecte, cal precisar que, d'acord amb el que preveu el títol I de la Constitució, els ciutadans de Catalunya són titulars dels drets i llibertats allà reconeguts amb independència del que estableixi l'Estatut d'autonomia.

Cal recordar, en aquest sentit, que els drets i les llibertats, conjuntament amb el principi de la divisió de poders, són la senya d'identitat de l'Estat de dret i del constitucionalisme contemporani, com així ho va posar de manifest l'article 16 de la cèlebre Declaració francesa de Drets de l'Home i del Ciutadà de 1789, incorporada a la Constitució de la V República francesa de 1958. Per la seva banda, la Constitució espanyola de 1978, així com la majoria de les que es varen promulgar després de 1945, són hereves d'aquesta tradició constitucional que, alhora, i en la seva condició de norma institucional bàsica, és acollida per l'article 8.1 del vigent Estatut d'autonomia de 1979 quan estableix que "Els ciutadans de Catalunya són titulars dels drets i deures establerts a la Constitució".

La incorporació d'un títol dedicat a drets, deures i principis en la Proposta de Reforma estatutària és una opció legítima des de l'òptica constitucional per dues raons fonamentals. La primera, perquè l'Estatut –cal reiterar-ho– com a norma institucional bàsica de Catalunya (art. 147.1 CE), i també com a norma de l'Estat derivada de la Constitució, concreta el dret a l'autonomia política. Per la seva banda, els òrgans de la Generalitat, com a institució d'autogovern, i la resta de poders públics a Catalunya, exerceixen les funcions que l'Estatut els ha encomanat per a dur a terme les polítiques públiques que creuen pertinents, d'acord amb la legitimitat que els dona la representació política obtinguda a les eleccions, en el marc de les competències que l'Estatut, com a norma subconstitucional, ha establert. En aquest sentit, és un principi essencial del constitucionalisme democràtic que l'activitat dels poders públics està sotmesa a límits, i les declaracions de drets i llibertats són la manifestació principal d'aquests límits, tant enfront dels poders públics com també en relació amb les accions dels particulars (art. 9.1 CE). Per tant, el límit a l'acció dels poders públics és una lògica conseqüència d'abast constitucional que l'Estatut ha d'establir, i la previsió d'un títol que determini drets, deures i principis és una opció que gaudeix de plena cobertura constitucional, com també ho seria una altra opció en sentit oposat.

Una segona raó de la constitucionalitat d'aquesta previsió estatutària resta vinculada a les competències que la Proposta de Reforma estableix. En efecte, en la mesura que el seu títol IV, d'acord amb la Constitució (art. 147.2.d CE), ha establert un criteri de determinació de les competències amb una especial voluntat de concreció material i funcional, és una conseqüència lògica que també es concretin tant els drets i deures que aquestes competències generen com també els principis que les informen. Al capdavall, la previsió d'un títol que, a més d'allò que preveu el títol I de la Constitució, consagri de forma específica



una sèrie de drets i principis als quals queda sotmesa l'activitat dels poders públics i dels particulars a Catalunya, és un contingut addicional que l'Estatut pot tenir sense contravenir, sense violentar, les previsions constitucionals sobre allò que els estatuts d'autonomia han de preveure (art. 147.2 CE).

Més enllà del caràcter especialment detallat del títol I de la Proposta de Reforma, que aquest òrgan consultiu no entra a valorar, tanmateix, en la nostra anàlisi de constitucionalitat sí que haurem de tenir en compte si la Proposta respecta tres limitacions constitucionals fonamentals. La primera és el respecte a la reserva de llei orgànica en allò que es refereix al desenvolupament directe dels drets fonamentals (art. 81 CE), una reserva que l'Estatut malgrat el seu caràcter orgànic no pot satisfer; la segona és la relativa a la subjecció a les condicions bàsiques que l'Estat hagi establert per tal de garantir a tots els espanyols la igualtat en l'exercici dels drets i en compliment dels deures constitucionals (art. 149.1.1 CE); i la tercera és la que es deriva de la pròpia naturalesa jurídica de l'Estatut, en la seva condició de norma institucional bàsica, la qual cosa significa que es tracta d'una norma dirigida de forma primordial a orientar i alhora limitar els poders públics de Catalunya i, en el marc de les seves competències, els ens locals del mateix àmbit territorial. Tot i així, i atenent a la seva condició –també– de norma estatal, no s'ha d'excloure que l'Estatut, en vincular els poders públics de Catalunya, pugui incidir simultàniament sobre l'exercici de competències estatals.

Doncs bé, d'acord amb aquests paràmetres, s'escau ara que abordem el contingut dels articles del títol I de la Proposta de Reforma que hem detallat a l'inici d'aquest Fonament, amb el benentès que tots els altres preceptes que no s'hi esmenten superen aquest test de constitucionalitat.

## 2. Article 21.1 (drets i deures en l'àmbit de l'educació).

Aquest apartat, relatiu al dret fonamental a l'educació i els deures que comporta, estableix el següent: "Totes les persones tenen el dret a l'ensenyament públic i de qualitat i a accedir-hi en condicions d'igualtat. La Generalitat ha d'establir un model educatiu que garanteixi aquest dret i en el qual l'ensenyament públic és laic".

Atès el contingut d'allò que per la seva banda estableix l'article 27 CE, és procedent determinar si la qualificació de laic atribuïda al dret a l'ensenyament per l'apartat 1 de l'article 21 s'adiu a la Constitució. Amb aquesta finalitat, cal analitzar el contingut de dos preceptes constitucionals d'especial rellevància per a determinar si la qualitat de laic atribuïda a l'ensenyament disposa de cobertura constitucional. Es tracta, sobretot, de l'article 16.3 CE, que reconeix la llibertat religiosa tot establint que "cap religió tindrà caràcter estatal. Els poders públics tindran en compte les creences religioses de la societat espanyola i mantindran les conseqüents relacions de cooperació amb l'Església Catòlica i les altres confessions". I també de l'article 27.3 CE que, en reconèixer el dret a l'ensenyament, preceptua que "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".

La relació entre aquests preceptes s'inclou en el marc d'un altre mandat constitucional previst al mateix article 27, quan en el seu apartat 2 estableix que "L'educació tindrà com a objecte el ple desenvolupament de la personalitat humana en el respecte als principis democràtics de convivència i als drets i a les llibertats fonamentals". És, doncs, en aquest context normatiu bàsic que cal analitzar la previsió de l'article 21.1 de la Proposta de Reforma segons la qual, "l'ensenyament públic és laic".

El laïcisme és aquella característica del pensament polític i social que defensa la independència de l'Estat de tota influència religiosa. El concepte de laic s'atribueix a aquella situació que prescindeix de la formació religiosa i, de forma més específica, comporta l'exclusió de la instrucció religiosa a les escoles. En el context que és propi de l'organització politicoinstitucional dels Estats, la condició de laic és una qualitat que és acollida expressament per algunes constitucions per definir els principis en els quals s'inspira la forma de govern que han decidit d'adoptar. Probablement, l'exemple més paradigmàtic en aquest sentit, pel seu caràcter explícit, és el que, sens dubte, ofereix el constitucionalisme francès, i més concretament l'article 1 de la vigent Constitució de 1958, quan estableix que "França és una república indivisible, laica, democràtica i social. Assegura la igualtat davant la llei de tots

els ciutadans sense distinció d'origen, de raça o de religió i respecta totes les creences". I, certament, no és l'únic cas.

Sense pretensions exhaustives, entre els exemples de previsions constitucionals de separació entre l'Estat i les confessions religioses que es poden invocar, cal fer esment també a la històrica esmena primera a la Constitució dels Estats Units de 1787, ratificada pel Congrés al 1789 i ratificada per les legislatures dels Estats al 1791, en la qual s'estableix que "El Congrés no aprovarà cap llei per la qual adopti una religió com a oficial de l'Estat o es prohibeixi practicar-la lliurement [...]". O a l'article 3.1 de la Constitució de Mèxic, que preceptua que "Garantizada por el artículo 24 la libertad de creencias, el criterio que orientará a dicha educación se mantendrá por completo ajeno a cualquier doctrina religiosa y, basado en los resultados del progreso científico, luchará contra la ignorancia y sus efectos, las servidumbres, los fanatismos y los prejuicios [...]".

Totes aquestes i d'altres manifestacions constitucionals del laïcisme es fonamenten en un principi bàsic: la separació entre l'Estat i la religió, que comporta l'impediment que a l'escola pública s'imparteixi formació religiosa. Naturalment, aquest principi és compatible amb el reconeixement constitucional de les llibertats ideològica i religiosa, així com del dret a l'educació. Cal fer avinent, però, que la configuració constitucional del laïcisme no és homogènia, sinó que es poden distingir casos en els quals l'Estat es manifesta indiferent davant el fet religiós i les seves conseqüències en els diversos àmbits de la vida social, com ara en la regulació del dret a l'ensenyament, i d'altres supòsits en els quals l'Estat mostra tolerància respecte d'aquesta situació.

En tot cas, pel que fa a la previsió establerta a l'article 21.1 de la Proposta de Reforma, la pregunta que cal respondre és si la Constitució de 1978 estableix un principi general de laïcisme que predetermini l'actuació dels poders públics en els diversos àmbits de la vida social, i específicament, en allò que afecta el dret a l'educació.

Amb caràcter general, allò que de forma explícita prescriu l'article 16.3 CE és que cap religió tindrà caràcter estatal, com una lògica conseqüència del principi general de separació entre l'Estat i l'església (entesa aquesta expressió de forma comprensiva de totes les manifestacions de culte religiós). És a dir, el que preceptua el text constitucional és el caràcter aconfessional de l'Estat, en el marc d'una forma democràtica de govern que, entre d'altres drets fonamentals, reconeix la llibertat religiosa (art. 16.1 CE) i el dret a l'educació (art. 27 CE). Com recordava la jurisprudència constitucional en una de les seves primeres resolucions respecte de l'abast a atribuir al principi d'aconfessionalitat de l'Estat, "el artículo 16.3 de la Constitución proclama que 'ninguna confesión tendrá carácter estatal' e impide por ende, [...] que los valores e intereses religiosos se erijan en parámetros para medir la legitimidad o justicia de las normas. Al mismo tiempo, el citado precepto constitucional veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y funciones estatales" (STC 24/1982, de 13 de maig, FJ 5).

Però el principi d'aconfessionalitat i el reconeixement de la llibertat religiosa, tant en el seu vessant positiu de dret a practicar un culte religiós, com negatiu, de dret a no practicar-ne cap, no són una prescripció constitucional sinònima al laïcisme. La Constitució no estableix explícitament un model d'Estat laic sinó que opta, en el marc del seu caràcter aconfessional, per institucionalitzar un compromís de l'Estat amb el fet religiós, en la mesura que prescriu que "els poders públics tindran en compte les creences religioses de la societat espanyola i mantindran les conseqüents relacions de cooperació amb l'Església Catòlica i les altres confessions". Per tant, d'acord amb aquest precepte constitucional, l'Estat no és ni indiferent ni, tampoc, únicament tolerant, sinó que mostra una especial vinculació respecte al fet religiós arrelat a la societat, a través de l'instrument de la cooperació, en especial respecte del culte religiós catòlic. Però, certament, ho fa sense excloure altres modalitats de culte.

Com a conseqüència d'aquesta configuració constitucional del fet religiós, l'article 27 de la Constitució, relatiu al dret a l'educació, prescriu en el seu apartat 3, que "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". És a dir, aquest és un precepte que posa en relleu de forma especial el compromís del poder públic, tot i ésser aconfessional, amb el fet religiós en un àmbit sectorial de la vida social com és l'exercici al dret a l'educació. Un

compromís dels poders públics que es tradueix en garantir als pares que els seus fills, si així ho desitgen els progenitors, rebin formació religiosa. Aquest és el mandat constitucional indeclinable del qual són destinataris els poders públics (estats, autonòmics i locals). És un mandat amb un objecte inqüestionable: la formació religiosa. Però, alhora, és un mandat genèric que els poders públics estan obligats a complir. Altrament dit, l'obligació a la qual els poders públics no es poden sotstreure és la que es refereix a garantir que els fills rebin la formació religiosa que els seus pares decideixen, d'acord amb llurs conviccions. Però aquesta obligació no s'estén a la forma a través de la qual els poders públics han de proporcionar la garantia de la dita formació religiosa. La Constitució no és en aquest aspecte taxativa, i no hi ha dubte que deixa als poders públics un marge formal per prendre la decisió. Per tant, en l'àmbit de l'educació, els poders públics disposen d'habilitació constitucional per decidir la manera a través de la qual aquesta formació religiosa ha de ser garantida.

Per tant, la configuració de l'ensenyament laic al qual es refereix l'apartat 1 de l'article 21 de la Proposta de Reforma no impedeix ni és obstacle per a la garantia que han d'oferir els poders públics del dret que assisteix als pares a la formació religiosa que els seus fills han de rebre d'acord amb llurs conviccions. És una evidència constitucional que els poders públics han de preveure i, així mateix, han d'assegurar aquesta formació religiosa en el marc de les diverses activitats que formen part de l'àmbit educatiu. Més concretament, els poders públics a Catalunya tenen l'obligació expressa de garantir aquesta formació i també estan habilitats per arbitrar la forma que creguin més adient per dur-la a la pràctica, en l'àmbit de les diverses activitats educatives que han de regular. En aquest sentit, l'ensenyament públic laic no és incompatible amb la formació religiosa que, si s'escau, han de rebre els alumnes. Altrament dit, dins el marc més ampli de les activitats educatives que en qualsevol cas l'administració pública està obligada a garantir, tant l'ensenyament laic com la formació religiosa dels alumnes són compatibles i aquesta compatibilitat disposa de cobertura constitucional, a través de les diverses formes en què els poders públics tenen potestat per organitzar-la, en l'exercici de llurs competències d'ordenació i gestió de l'ensenyament.

En conseqüència, i d'acord amb aquesta interpretació dels articles 16.3 i 27.3 de la Constitució, no hi ha impediment constitucional perquè en la previsió establerta per l'article 21.1 de la Proposta de Reforma, el dret a l'ensenyament públic sigui qualificat de laic; i que aquesta condició sigui plenament compatible amb el dret dels pares que, quan així ho sol·licitin, els seus fills rebin la formació religiosa segons llurs conviccions. Sempre en el marc del mandat constitucional de l'article 27.2, quan prescriu que "l'educació tindrà com objecte el ple desenvolupament de la personalitat humana en el respecte als principis democràtics de convivència i als drets i llibertats fonamentals".

D'acord, doncs, també amb l'argumentació exposada en aquest Fonament, el contingut de l'esmena número 35 és constitucional.

### 3. Article 28.2 (dret de participació).

En aquest apartat 2 de l'article 28 s'estableix que: "Els ciutadans de Catalunya tenen dret a elegir llurs representants en els òrgans polítics representatius i a presentar-s'hi com a candidats, d'acord amb les condicions i els requisits que estableixen les lleis".

L'exercici del dret de sufragi en el seu doble vessant actiu i passiu que prescriu aquest precepte, segons el que estableixi la llei, cal entendre que, sens dubte, comprèn el dret que a Catalunya tenen els estrangers respecte de llur representació en els òrgans polítics que s'escaiguin. És a dir, el dret dels estrangers ciutadans de la Unió Europea a exercir el dret de sufragi a les eleccions municipals i a les europees (article 19.1 del Tractat Constitutiu de la Comunitat Europea). Així mateix, s'ha d'entendre també que comprèn el dret al sufragi actiu i passiu dels residents estrangers que no són titulars dels drets de la ciutadania europea, però que, segons estableix l'article 13.2 CE, poden exercir-lo d'acord amb criteris de reciprocitat en les eleccions municipals. Per tant, d'acord amb aquesta argumentació, l'article 28.2 és constitucional.

### 4. Article 32.5 (drets lingüístics davant les administracions públiques i les institucions estats).

L'apartat 5 de l'article 32 de la Proposta de Reforma, relatiu a l'exercici dels drets lingüístics davant les administracions públiques i les institucions estatals, prescriu que: "Els ciutadans de Catalunya tenen el dret a relacionar-se per escrit en català amb els òrgans constitucionals i amb els òrgans jurisdiccionals d'àmbit estatal. Aquestes institucions han d'atendre i han de tramitar els escrits presentats en català, i no poden exigir a la persona interessada la traducció al castellà".

Aquest precepte estableix un nou règim jurídic de l'ús de les llengües oficials en les relacions dels ciutadans de Catalunya amb els òrgans de l'Estat, predeterminant una forma específica quant a la llengua a emprar en la tramitació dels escrits adreçats a aquestes institucions, sense cap altra precisió quant a la via jurídica que les ha de regular.

En la mesura que manca aquesta precisió, l'article 32.5 només serà constitucional si incorpora la previsió d'una remissió a les lleis.

5. Article 42.3 (foment de la participació) i 50.1 (els mitjans de comunicació social).

Finalment, als articles 42.3 i 50.1 de la Proposta de Reforma s'estableix que la informació tramesa pels poders públics i mitjans de comunicació, entre d'altres requisits, ha de ser neutral. Els termes en els quals s'expressen els dos preceptes són el següent:

L'article 42.3 estableix: "Els poders públics han de procurar que les campanyes institucionals que s'organitzin en ocasió dels processos electorals tinguin com a finalitat la de promoure la participació ciutadana i que els electors rebin dels mitjans de comunicació una informació veraç, objectiva, neutral i respectuosa del pluralisme polític sobre les candidatures que concorren als processos electorals".

I per la seva banda, l'article 50.1 preceptua que: "Correspon als poders públics de promoure les condicions per a garantir el dret a la informació i a rebre dels mitjans de comunicació una informació veraç, neutral, i uns continguts que respectin la dignitat de les persones i el pluralisme polític, social, cultural i religiós".

La qüestió de rellevància constitucional que en els dos articles es planteja és la relativa al significat que pugui tenir l'ús del mot "neutral". Tots dos, en activitats de foment dutes a terme pels poders públics que, tanmateix, tenen un abast ben diferent. En el cas de l'article 42.3, l'objectiu de la neutralitat afecta les campanyes institucionals dels poders públics per a promoure la participació política; mentre que en el supòsit de l'article 50.1 la finalitat de la neutralitat es prescriu del dret a comunicar informació per part dels mitjans de comunicació, públics i privats, i del dret de les persones (els drets del públic destinatari) a rebre informació.

A) En el primer cas, el que es refereix a l'apartat 3 de l'article 42, el mandat segons el qual les campanyes institucionals per promoure la participació política a través dels mitjans de comunicació -que les difonen per prèvia decisió dels poders públics-, han de ser neutrals, és una conseqüència lògica del principi constitucional del pluralisme polític, que informa l'ordenament jurídic (art. 1.3 CE) i l'actuació dels poders públics.

En la seva activitat de promoció adreçada a la ciutadania, a fi d'incentivar la participació política, els poders públics han d'ajustar el seu missatge a procurar el compromís polític dels ciutadans amb les institucions democràtiques, tot evitant qualsevol temptació que pretengui l'orientació del vot en un sentit determinat i sense influir, directament o indirecta en la voluntat de l'elector. La informació que els poders públics poden trametre ha de ser, en efecte, neutral i limitada a informar sobre els aspectes tècnics del procés electoral. És un bon exemple, en aquest sentit, el que aporta l'article 50.1 de la Llei orgànica 5/1985, de 19 de juny, del règim electoral general (LOREG), que en la seva redacció després de la reforma operada per la Llei orgànica 3/1994, de 30 de març, preveu el següent: "Los poderes públicos que en virtud de su competencia legal hayan convocado un proceso electoral pueden realizar durante el período electoral una campaña de carácter institucional destinada a informar a los ciudadanos sobre la fecha de la votación, el procedimiento para votar y los requisitos y trámite del voto por correo, sin influir, en ningún caso, en la orientación del voto de los electores [...]". En la mateixa línia cal subratllar la doctrina de la Junta Electoral Central, com

a òrgan superior de l'administració electoral que vetlla per la transparència i objectivitat del procés electoral i garanteix el principi d'igualtat (art. 8 LOREG), que en el seu Acord de 15 de març de 1995 establí que: “[...] no puede realizarse por los poderes públicos ninguna campaña durante el período electoral, es decir, el comprendido entre la convocatoria de las elecciones y el día mismo de la votación, pues ello vulnera los principios de objetividad y transparencia del proceso electoral y el principio de igualdad entre los actores electorales, principios por los que debe velar la Administración Electoral [...]”.

Per tant, quan els poders públics, a través dels mitjans de comunicació, difonen una campanya institucional de promoció de la participació ciutadana, el caràcter neutral d'aquella s'adiu a les prescripcions constitucionals respecte d'aquesta situació, en especial, al principi d'igualtat que els poders públics han de preservar en la seva activitat de foment de la participació dels ciutadans en els processos electorals.

En conseqüència, l'article 42.3 és constitucional.

B) Qüestió diferent és la que es deriva de la prescripció de l'article 50.1 de la Proposta de Reforma, per la qual s'estableix que “correspon als poders públics de promoure les condicions per garantir el dret a la informació i a rebre dels mitjans de comunicació una informació veraç, neutral, i uns continguts que respectin la dignitat de les persones i el pluralisme polític, social, cultural i religiós”.

Respecte d'aquesta formulació, no susciten contradicció amb els paràmetres constitucionals els mandats relatius a la informació veraç ni tampoc que el contingut de la informació hagi de respectar la dignitat de les persones i el pluralisme polític, social, cultural i religiós. Per contra, l'atribució als poders públics, és a dir, als òrgans que integren les institucions d'autogovern, del mandat segons el qual aquests han de garantir que el dret fonamental a rebre informació per part de la ciutadania sigui neutral, planteja problemes de rellevància constitucional que cal abordar.

La neutralitat no és, primer de tot, un mandat constitucional. L'article 20.1.d CE, quan es refereix al dret a la informació, estableix que aquest consisteix en el dret a comunicar i rebre informació veraç per qualsevol mitjà de difusió. Així mateix, a l'apartat 4 del mateix article, referit als límits que operen sobre la llibertat d'expressió i el dret a la informació, s'estableix que aquests drets “tenen el límit en el respecte als drets reconeguts en aquest Títol, en els preceptes de les lleis que el desenvolupin i, especialment, en el dret a l'honor, a la intimitat, a la imatge pròpia i a la protecció de la joventut i la infància”. La neutralitat, doncs, no és un principi que la Constitució proclami com a part integrant del dret a la informació. Per contra, sí proclama, amb el màxim de rellevància jurídica, el principi del pluralisme com a valor superior de l'ordenament jurídic (art. 1.1 CE), que, naturalment, no solament es projecta sobre l'escena política sinó també sobre tots els altres àmbits dels drets i llibertats de les persones. És per això que cal parlar també de pluralisme social, ideològic, religiós, lingüístic i, evidentment, de pluralisme informatiu.

“Neutral” és un mot que serveix per definir allò que no és ni d'un ni d'un altre, de quelcom que no intervé a favor de l'un ni de l'altre, o d'aquell que no participa de cap de les opcions en conflicte. De manera derivada, “neutre” es allò que es diu de quelcom que no participa de cap de les opcions en conflicte. Per la seva banda, el pluralisme és la llibertat d'opció i per tant la seva existència és una garantia de la diversitat de concepcions sobre un mateix objecte. I aquest és el mandat constitucional que es deriva dels articles 1.1 i 20.1.d CE en allò que es refereix al dret a comunicar i a rebre informació. En aquest sentit, cal recordar la reiterada jurisprudència constitucional al respecte, quan interpreta que:

“El artículo 20.1 de la Constitución dice, como es sabido, que se reconocen y protegen los derechos de... ‘expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción’. Se ha señalado acertadamente que se trata ante todo de un derecho de libertad, por lo que básicamente significa ausencia de interferencias o de intromisiones de las autoridades estatales en el proceso de comunicación. Sin embargo, en otro plano significa el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado

democrático. El artículo 20 defiende la libertad en la formación y en el desarrollo de la opinión pública, pues la libertad en la expresión de las ideas y los pensamientos y en la difusión de las noticias es premisa necesaria de la opinión pública libre.” (STC 12/1982, de 31 de març, FJ 3)

En el mateix sentit, entre d'altres, la Sentència del Tribunal Constitucional 127/1994, de 5 de maig (FJ 4).

Doncs bé, cal recordar que el valor constitucional del pluralisme en l'àmbit de la informació avala, com a criteri general, la llibertat de tendència, entesa com la disponibilitat dels mitjans de comunicació per adoptar una línia editorial. És a dir, l'exercici del dret a la informació comporta la llibertat del mitjà de comunicació, en el marc dels límits de l'article 20.4 CE, de confegir una línia informativa, un caràcter propi en el tractament de la informació que difon i que, sense lesionar el mandat constitucional de la veracitat informativa (article 20.1.d CE) i la garantia dels drets fonamentals de les persones (article 20.4 CE), permeti al públic destinatari de la informació establir diferències i prendre opcions respecte de l'oferta informativa posada al seu abast.

La veracitat informativa és un mandat constitucional que no es pot confondre amb la informació neutral. La veracitat, segons la reiterada jurisprudència del Tribunal Constitucional (per totes, la STC 6/1988, de 21 de gener, en la seva integritat, a més, entre d'altres, de la STC 178/1993, de 31 de maig, FJ 5; STC 41/1994, de 15 de febrer, FJ 3; i la STC 52/1996, de 26 de març, FJ 8), ha de ser entesa com a sinònim d'informació obtinguda i difosa amb diligència, és a dir, amb escrupolós respecte a les normes de deontologia professional. La veracitat concebuda com a diligència informativa segueix estant limitada pels altres mandats constitucionals relatius a la garantia dels altres drets fonamentals i, per tant, no és camp obert a difondre qualsevol tipus d'informació (STC 6/1988, de 21 de gener, en la seva integritat).

Per contra, la neutralitat com a criteri definidor de la informació és l'equidistància, que, com a tal, fa abstracció del pluralisme alhora que el nega. En els termes emprats per la jurisprudència constitucional, i en la mesura que impedeix la llibertat de tendència en els mitjans de comunicació privats, la informació entesa com a neutral redueix l'abast de l'opinió pública lliure.

En aquest sentit, quan són els poders públics les instàncies a les quals, segons la Proposta de Reforma (art. 50.1), els correspon “promoure les condicions per a garantir el dret a la informació i a rebre dels mitjans de comunicació una informació [...] neutral [...]”, cal concloure que aquests poders públics estan exercint o poden exercir un poder d'intervenció sobre la informació. Una intervenció que, en la mesura que podria mediatitzar el seu contingut, infringeix el dret fonamental a comunicar informació dels mitjans de comunicació de caràcter privat, perquè limita el dret a definir la línia editorial o tendència.

La conclusió, però, ha de ser diferent si es tracta de mitjans de comunicació públics. En efecte, i com a excepció al criteri anterior, el caràcter neutral de la informació sí que s'ha de predicar del dret a comunicar informació dels mitjans de comunicació de caràcter públic, entenent com a compresos en aquest àmbit aquells que ho són en la seva titularitat i també en la gestió. En aquests supòsits d'empreses de titularitat pública i gestionades per ens públics, l'única tendència, l'única línia editorial que ha de defensar el mitjà de comunicació públic, certament, ha de ser la neutralitat.

Per tant, la incorporació de l'adjectiu neutral de la informació amb caràcter general i sense distincions lesiona l'article 20.1.d CE, entès en relació amb l'article 1.1 CE, raó per la qual l'apartat 1 de l'article 50 de la Proposta de Reforma és inconstitucional en allò que es refereix a l'activitat informativa del mitjans de comunicació de naturalesa privada.

## **Fonament 4**

El títol segon, “De les Institucions”, comprèn els articles 53 a 89, i està dividit en set capítols que s'ocupen, respectivament, del Parlament, del president o presidenta de la Generalitat, del Govern i l'Administració de la Generalitat, de les relacions entre el Parlament i el Govern, d'altres institucions de la Generalitat, del Govern local, i de l'organització institucional pròpia

de l'Aran. Destaca, com a novetat respecte de l'Estatut de 1979, la incorporació d'una extensa regulació de la matèria relativa al Govern local inclosa al títol de les institucions de la Generalitat de Catalunya.

Els preceptes d'aquest títol no plantegen, en principi, problemes de constitucionalitat per raó competencial, ja que ens trobem davant d'una matèria que la Constitució defineix precisament com a contingut obligatori de l'Estatut ("Els Estatuts d'Autonomia hauran de fer constar [...] la denominació, l'organització y seu de les institucions autònomes pròpies", art. 147.2.c CE). La regulació de les institucions d'autogovern és, per altra banda, una manifestació directa de la condició d'entitat dotada d'autonomia política.

Si bé per raó del reconeixement d'un amplíssim àmbit de lliure decisió a la norma estatutària en aquesta matèria la majoria dels articles i esmenes d'aquest títol no presenten problemes de constitucionalitat, analitzarem a continuació quatre preceptes, tres esmenes, i farem al final una recomanació de caràcter merament tècnic respecte de l'apartat cinquè de l'article 66.

#### 1. Article 65.4 (nomenament del president de la Generalitat).

Aquest precepte entra en contradicció amb el contingut dels articles 56.3 i 64.1 CE, els quals estableixen, respectivament, que "la persona del Rei és inviolable i no està subjecta a responsabilitat. Els seus actes seran sempre subjectes a referendament en la forma establerta en l'article 64, sense la qual no tindran validesa, llevat del que disposa l'article 65.2" (art. 56.3 CE), i que "Els actes del Rei seran referendats pel President del Govern i, en el seu cas, pels Ministres competents. La proposta i el nomenament del President del Govern i la dissolució prevista en l'article 99 seran referendats pel President del Congrés" (art. 64 CE).

La contradicció entre els preceptes esmentats de la Proposta de Reforma i de la Constitució es produeix pel fet que l'article 65.4 de la Proposta de Reforma estableix que el nomenament del President de la Generalitat correspon al rei i al mateix temps determina que la contrasignatura d'aquest acte reial correspondrà al president o presidenta del Parlament de Catalunya, atribució competencial que contradiu l'article 64 CE.

El contingut del precepte de la Proposta de Reforma respon a la voluntat d'introduir en l'instrument de la contrasignatura un criteri de racionalitat institucional, evitant al mateix temps que aquesta funció s'atribueixi a una institució que no ha participat en el procediment d'elaboració de l'acte que es contrasigna. D'altra banda, amb la finalitat de justificar la constitucionalitat del precepte de la Proposta de Reforma, es podria establir una relació entre el seu contingut i el primer apartat de l'article 64 CE, en el sentit que correspon als presidents o a les presidentes dels parlaments contrasignar els nomenaments dels presidents o presidentes dels governs respectius. També es podria entendre que la contrasignatura que s'atribueix en l'article 65.4 de la Proposta de Reforma al president o a la presidenta del Parlament de Catalunya no impedeix la contrasignatura prevista a l'article 64 de la CE. Finalment, es podria entendre que el precepte constitucional no va tenir en compte les institucions pròpies de les comunitats autònomes quan va regular la contrasignatura, ja que en el moment d'aprovar-se la Constitució, aquestes encara no estaven constituïdes.

Malgrat aquests arguments raonables i favorables a la constitucionalitat del precepte que analitzem, entenem que la literalitat del precepte constitucional i el seu caràcter taxatiu no permeten salvar la contradicció que existeix entre el precepte de la Proposta de Reforma i l'article de la Constitució.

La Constitució estableix que els actes del rei seran contrasignats en tot cas pel president, pels ministres del Govern de l'Estat, o pel president del Congrés. L'Estatut d'autonomia no pot, encara que sigui en exercici de la seva amplíssima potestat d'autoorganització de les seves institucions, oposar-se a una concreta i precisa previsió constitucional. En aquest mateix sentit s'ha pronunciat el Tribunal Constitucional en relació amb el nomenament del president de la Comunitat Autònoma del País Basc, en les Sentències 5/1987, de 27 de gener, FJ 2, i 8/1987, de 29 de gener, FJ 3. En la primera de les Sentències, s'afirma que "cualquier forma de refrendo de los actos del Monarca distinta de la establecida en el artículo

64 de la Constitució o que no encuentra en éste su fundamento debe ser considerada contraria a lo preceptuado en el artículo 56.3 de la misma y, por consiguiente, inconstitucional”. La mateixa Sentència afirma que la Constitució imposa el procediment de la contrasignatura i els subjectes titulars d'aquesta funció i nega que, pel fet de tractar-se d'actes propis d'una comunitat autònoma, l'article 64 de la Constitució s'hagi d'interpretar de forma diversa. En aquest sentit, afirma que, en el cas del nomenament dels presidents de les comunitats autònomes, la contrasignatura prevista a la Constitució es justifica per raó del fet que els presidents o les presidentes autonòmics assumeixen també la representació de l'Estat en la seva comunitat autònoma.

Cal concloure que l'article 65.4 de la Proposta de Reforma és inconstitucional.

2. Article 69.1 i disposició addicional onzena (administració estatal ordinària).

El contingut d'aquests dos preceptes pot plantejar algun dubte sobre la seva constitucionalitat per la referència que inclouen al caràcter de l'Administració de la Generalitat de Catalunya com a “administració estatal ordinària”. En particular, el dubte és més remarcable en el cas de l'article 69.1.

El problema a què fem referència és fruit de la relació que es pot establir entre el concepte d'administració ordinària i el valor que s'ha donat en ocasions al concepte d'administració única, com a sistema de distribució de funcions executives, segons el qual en el territori de Catalunya l'única administració possible és la de la Generalitat de Catalunya. Si aquest últim fos el sentit de l'expressió “administració ordinària”, els preceptes esmentats s'haurien de considerar inconstitucionals.

La raó d'aquesta declaració d'inconstitucionalitat es fonamentaria en el fet que el constituent no va establir un model de “federalisme d'execució”, segons el qual l'exercici de totes les funcions executives en el territori d'una comunitat autònoma correspon a la seva administració, sense que pogués existir una administració perifèrica estatal.

Per contra, la Constitució reconeix a l'Estat competències executives que, en el seu cas, podrà exercir de forma desconcentrada, sense que l'Estatut pugui imposar un model diferent d'exercici territorial d'aquestes competències, ja que la decisió sobre la forma de la seva prestació territorial correspon a l'Estat. Per aquesta mateixa raó, la Constitució crea la figura del delegat del Govern, com a òrgan de l'Administració general de l'Estat, al qual li correspon la direcció i la coordinació de l'Administració de l'Estat en el territori de la comunitat autònoma (art. 154 CE).

Ara bé, el fet cert és que ni l'article 69.1 ni, encara menys, la disposició addicional onzena de la Proposta de Reforma, tracten d'imposar un model d'administració única. Aquests dos preceptes es limiten a afirmar que quan la Generalitat exerceix funcions executives, que en principi corresponen a l'Estat (“d'acord amb el que estableixen aquest Estatut i les lleis”, article 69.1 o: “una vegada l'hi siguin transferides mitjançant els instruments que corresponguin”, disposició addicional onzena), es considerarà que l'Administració de la Generalitat de Catalunya que exerceix aquestes funcions té la condició d'administració estatal ordinària. L'expressió administració ordinària es limita a identificar els supòsits en què l'administració de la Generalitat actua exercint funcions executives de l'Estat, al mateix temps que reconeix la possibilitat (que en certa mesura es tracta de fomentar) que l'Estat atribueixi a l'Administració de la Generalitat l'exercici de les seves funcions executives. Però aquest procés de transferència o delegació no s'imposa i, a més, es fa expressa reserva de les competències executives que per la seva banda puguin correspondre a l'Administració local.

Cal concloure que l'article 69.1 i la disposició addicional onzena de la Proposta de Reforma, interpretades en el sentit abans exposat, són conformes a la Constitució.

3. Article 75.3 (exclusivitat Síndic de Greuges).

Aquest apartat s'ha de posar en connexió amb l'apartat primer del mateix article, el qual disposa que “el Síndic de Greuges té la funció de protegir i defensar els drets i les llibertats reconegudes per la Constitució i aquest Estatut...”.



L'obligada interpretació conjunta dels apartats 1 i 3 de l'article 75 ens porten a concloure que la inclusió de l'expressió "amb caràcter exclusiu" a l'apartat tercer és inconstitucional.

Aquesta afirmació es basa en el contingut de l'article 54 de la Constitució, que estableix:

"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".

Aquest precepte constitucional atribueix a la Institució del Defensor del Poble la funció general de la defensa dels drets continguts en el títol primer de la Constitució davant de l'actuació de qualsevol administració, i remet a una llei orgànica la regulació de la institució. Conseqüentment, i sense qüestionar l'atribució de competències que la Proposta de Reforma fa al Síndic de Greuges, el que no es pot és afirmar que les funcions de protecció i defensa dels drets i llibertats reconeguts a la Constitució, en relació amb l'actuació dels subjectes enumerats a l'apartat tercer, corresponen en exclusiva al Síndic de Greuges.

Aquesta afirmació contradiu l'article 54 CE i el contingut de la Llei orgànica 3/1981, de 6 d'abril, a la qual es remet el mateix precepte constitucional. Són normes que atribueixen la mateixa funció al Defensor del Poble.

Cal concloure, doncs, que l'expressió "amb caràcter exclusiu" continguda a l'article 75.3 és inconstitucional. No ho és la resta del precepte, ja que el Síndic de Greuges sí que pot assumir aquestes funcions en concurrència amb el Defensor del Poble, si bé tenint en compte el que estableix la Llei orgànica que regula aquesta institució i els mecanismes de coordinació entre les dues institucions que legalment es puguin establir (en l'actualitat, Llei 36/1985, de 6 de novembre).

D'acord amb el que s'acaba d'exposar, s'ha d'assenyalar que els vots particulars 130 i 131, en tant que proposen la supressió de l'expressió "amb caràcter exclusiu", coincideixen amb la posició d'aquest Consell i permetrien adequar l'article 75.3 a la Constitució.

4. Articles 79.1 i 86.3 i esmena núm. 151 (vegueries) i esmena núm. 160 (Aran).

a) La Proposta de Reforma estableix un model d'ordenació territorial local de la Generalitat de Catalunya basat en l'existència obligatòria dels dos ens: els municipis i les vegueries; i en la possible creació d'altres ens: les comarques i altres ens supramunicipals que creï la Generalitat (art. 79).

Pel que fa a les vegueries, l'article 85 les defineix com a govern local i com a divisió territorial adoptada per la Generalitat per a l'organització territorial del seus serveis. En tant que ens local, l'article 86 afirma en el seu apartat tercer: "els consells de vegueria substitueixen les diputacions", i el mateix precepte afirma que la creació, la modificació i la supressió i també l'establiment del règim jurídic de les vegueries es regularan per una llei del Parlament.

D'acord amb aquesta regulació es pot afirmar que a Catalunya les vegueries substitueixen les províncies en tant que entitat local. Conseqüentment, el que cal preguntar-se és si aquesta substitució és conforme amb l'existència obligatòria de l'ens local provincial a la Constitució espanyola (art. 137 CE) i, per tant, si l'article 86.3 i concordants de la Proposta de Reforma són conformes a la Constitució.

Per tal de donar resposta a la pregunta formulada examinarem breument els preceptes constitucionals que fan referència a l'ens provincial, així com la jurisprudència constitucional relativa a aquests preceptes.

b) La Constitució de 1978 fa esment de l'ens provincial en diversos preceptes. Així, l'article 137 CE disposa:

“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”.

Per la seva banda, l'article 141 CE estableix que:

1. La província és una entitat local amb personalitat jurídica pròpia, determinada per l'agrupació de municipis i la divisió territorial per al compliment de les activitats de l'Estat. Qualsevol alteració dels límits provincials haurà de ser aprovada per les Corts Generals per mitjà d'una llei orgànica.
2. El govern i l'administració autònoma de les províncies seran encomanats a Diputacions o altres Corporacions de caràcter representatiu.
3. Es podran crear agrupacions de municipis diferents de la província.
4. En els arxipèlags, les illes tindran, a més, administració pròpia en forma de cabildos o consells.”

Els articles 68 i 69 del text constitucional també es refereixen a la província com a circumscripció electoral. Així, el primer d'aquests articles diu en els seus tres primers apartats, els que ara ens interessen, que:

1. El Congrés es compon d'un mínim de 300 i un màxim de 400 Diputats, elegits per sufragi universal, lliure, igual, directe i secret en els termes que estableixi la llei.
2. La circumscripció electoral és la província. Les poblacions de Ceuta i Melilla seran representades cadascuna per un Diputat. La llei distribuirà el nombre total de Diputats, assignarà una representació mínima inicial a cada circumscripció i distribuirà els altres en proporció amb la població.
3. L'elecció es verificarà en cada circumscripció atenint a criteris de representació proporcional.”

Per la seva banda, l'article 69 CE assenyala en els seus dos primers apartats el següent:

1. El Senat és la Cambra de representació territorial.
2. Els votants de cada província elegiran quatre Senadors per sufragi universal, lliure, igual, directe i secret en els termes que assenyali una llei orgànica”.

A més, s'ha de tenir present l'article 143.1 de la Constitució, que contempla la província com a protagonista en el procés de constitució de les comunitats autònomes.

Així doncs, la província, a la Constitució, es configura amb una triple funcionalitat: com a ens local, com a divisió territorial de l'Estat i com a circumscripció electoral, tal com va posar en relleu la coneguda Sentència del Tribunal Constitucional 32/1981, de 28 de juliol, FJ 3:

"(...) la provincia no es sólo circunscripción electoral (artículos 68.2 y 69.2), entidad titular de iniciativa para la constitución de comunidades autónomas (artículo 143.1) o división territorial para el cumplimiento de las actividades del Estado (artículo 141.1), sino también, y muy precisamente, 'entidad local' (artículo 141.1)".

Doncs bé, a nosaltres ens interessa de forma especial la interpretació dels preceptes relatius a la província com a ens local. En aquest sentit, cal recordar la ja citada Sentència del Tribunal Constitucional 32/1981, de 28 de juliol, per la qual s'introdueix la doctrina de la garantia institucional de l'autonomia provincial. Afirmar que si bé no s'assegura un contingut concret ni un determinat àmbit competencial, sí que es garanteix la preservació d'una institució en "términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar", de tal manera que només es podrà entendre vulnerada aquesta garantia quan "la institución es limitada, de tal modo que se la priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre".

Tot acceptant aquesta doctrina, creiem que es pot afirmar que els preceptes de la Proposta de Reforma que examinem no vulneren la garantia institucional de l'ens provincial, en tant que es limiten a modificar el nom de l'ens provincial (que a Catalunya passarà a

denominar-se vegueria), tot respectant en els altres aspectes, que són els substancials, els elements identificadors de l'ens provincial.

Pel que fa al canvi de nom de l'ens, és cert que existeix una doctrina del Tribunal Constitucional segons la qual el canvi de nom de les províncies forma part de les bases del règim local (STC 385/1993, de 23 de desembre). Doctrina que a més s'ha de reconèixer que no es refereix al canvi del nom de l'entitat en general (vegueria per província), sinó al nom que identifica una província concreta, cosa que sens dubte és un canvi de menor transcendència que el que ara es proposa.

Malgrat això, creiem que aquesta doctrina constitucional és fruit de la interpretació de la normativa vigent en aquell moment (art. 25.2 del Text refós de la Llei de règim local, aprovat pel RDL 781/1986, de 18 d'abril), i que podria variar. Per tal d'afavorir aquest canvi jurisprudencial, creiem oportú assenyalar que fóra convenient introduir, en la Proposta de Reforma, en concret en el seu article 155, que correspon a la Generalitat de Catalunya la competència exclusiva per modificar la denominació de l'ens provincial, la denominació de les províncies i la seva capitalitat.

c) Un cop afirmada l'adequació a la Constitució de l'article 86.3 i concordants de la Proposta de Reforma, creiem necessari formular una sèrie d'advertències.

En primer lloc, s'ha de posar de manifest que si es pretenen modificar els límits territorials de les actuals províncies, creant noves vegueries, serà necessari que aquests nous límits s'estableixin en una llei orgànica, tal com estableix l'article 141.1 CE. Atès el contingut precís i general del precepte, no creiem possible entendre que la reserva de llei orgànica es limiti a la província com a circumscripció electoral, com es podria al·legar atenent a la relació d'aquesta delimitació territorial amb la matèria electoral i, per tant, amb la reserva de llei orgànica establerta a l'article 81 CE. L'article 141.1 CE fa referència a les modificacions dels límits territorials de la província en qualsevol de les seves accepcions.

En segon lloc, la denominació vegueria i les noves delimitacions territorials només seran efectives en relació amb la província com a ens local, però no en relació amb la província com a circumscripció electoral i com a demarcació de l'administració perifèrica estatal. A l'efecte de les eleccions al Congrés i al Senat, es mantindran les actuals províncies, d'acord amb els articles 161 a 166 LOREG.

En tercer lloc, la llei a què fa referència l'article 86.3 de la Proposta de Reforma, que crearà i establirà el règim jurídic de les noves vegueries, haurà de respectar les bases del règim local en els termes en què aquesta competència serà definida en aquest dictamen en tractar l'article 155 de la Proposta de Reforma.

d) L'esmena 151 afegeix al final de l'article 85 la frase "així com per al compliment de les activitats de l'Estat".

D'aquesta forma el precepte tracta d'imposar a l'Estat l'obligació d'adequar l'ordenació territorial de la seva administració perifèrica al nou model d'administració local de les vegueries, el qual pot no coincidir territorialment amb l'actual divisió provincial si, com hem dit abans, una llei orgànica així ho estableix.

Com també hem dit, les vegueries només substitueixen les províncies en tant que administració local i, per altra banda, l'Estatut no pot imposar un mandat a l'Estat per tal que aquest exerceixi d'una forma determinada una competència seva exclusiva, com és el cas de l'organització territorial de l'administració perifèrica pròpia.

Conseqüentment, l'esmena 151 és inconstitucional.

e) Pel que fa a l'esmena 160 (d'addició a l'article 89 d'un número nou amb el següent contingut: "L'Aran no pot restar inclosa en cap divisió territorial pròpia de Catalunya que no sigui ella mateixa"), s'ha de dir que per tal que aquesta esmena sigui constitucional l'única solució possible és que l'Aran sigui una nova vegueria, ja que tot el territori espanyol ha d'estar organitzat en províncies. Conseqüentment, l'Aran serà una nova província i, tal com

hem vist, a Catalunya les províncies es denominaran vegueries. Això comporta que la llei orgànica que ha de determinar la reforma dels límits provincials (art. 141.1 CE), haurà de crear aquesta nova vegueria coincidint amb el territori de l'Aran. Aquest fet afectarà també el règim jurídic de l'Aran, ja que si bé es podrà establir per aquest territori un règim especial, haurà de respectar els elements bàsics de l'entitat provincial que integra.

5. Per últim, creiem oportú realitzar una consideració de caràcter exclusivament tècnic en relació amb l'apartat cinquè de l'article 66. Aquest precepte diu:

“Les disposicions generals i els actes emanats del Govern han d'ésser publicats en el Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya. Aquesta publicació és suficient, a tots els efectes, per a la validesa dels actes i l'entrada en vigor de les disposicions i les normes de la Generalitat”.

La redacció del precepte transcrit conté defectes estructurals i conceptuals. Pel que fa a l'estructura de l'apartat que examinem, no hi ha la necessària coherència conceptual entre les dues frases d'aquest. Mentre que la primera fa referència a les disposicions generals i als actes del Govern, la segona, que sembla vinculada a la primera, es refereix als actes, les disposicions i les normes de la Generalitat.

Pel que fa als defectes conceptuals, no és correcte afirmar que la publicació determina la validesa dels actes, ja que la publicació és una condició per a l'eficàcia dels actes, però no determina la seva validesa. Per altra banda, no és correcte atribuir a la Generalitat la competència per emanar normes, ja que la potestat normativa correspon al Govern, a l'Administració de la Generalitat o a d'altres entitats públiques a les quals es reconegui aquesta potestat.

Conseqüentment, d'acord en l'essencial amb el contingut de l'esmena 160, i amb la finalitat de garantir millor la seguretat jurídica, aquest Consell proposa donar una nova redacció a l'article 66.5, en els termes següents:

“Els actes, les disposicions generals i les normes emanades del Govern o de l'Administració de la Generalitat han d'ésser publicats en el Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya. Aquesta publicació és suficient a tots els efectes per a l'eficàcia dels actes i per a l'entrada en vigor de les disposicions generals i normes.”

## **Fonament 5**

A continuació s'examinarà el títol III (art. 90 a 104), així com l'article 37.2 i la disposició addicional novena. Tots fan referència al Poder Judicial a Catalunya.

1. Amb caràcter previ a l'examen de tots aquests preceptes, farem una referència al repartiment competencial en matèria d'"Administració de Justícia".

A) Des del punt de vista de la distribució de competències la matèria "Administració de Justícia" engloba dimensions tan diferents, encara que complementàries, com ara la jurisdiccional i l'administrativa. La primera, referida al Poder Judicial en sentit estricte (estatut de jutges i magistrats, potestat jurisdiccional i govern del Poder Judicial); la segona, relacionada amb el conjunt d'accions i mitjans materials, econòmics i personals que han de proporcionar el suport adequat per al bon funcionament d'aquell. Aquesta delimitació és, com veurem més endavant, l'eix a partir del qual s'articulen jurisprudencialment les competències autonòmiques i estatals en aquest àmbit.

El Poder Judicial el componen un conjunt d'òrgans que funcionen cadascun de forma independent, sotmès únicament a l'imperi de la llei i aliè dins de l'exercici de la potestat jurisdiccional a qualsevol interferència dels altres poders públics, siguin estatals o autonòmics. Aquesta és una important raó per la qual en la delimitació competencial s'ha d'actuar amb la màxima prudència i cautela.

En aquest context, els dos primers apartats de l'article 122 CE estableixen que la Llei orgànica del Poder Judicial determinarà la constitució, el funcionament i el govern dels jutjats

i tribunals, l'estatut jurídic dels jutges i magistrats de carrera, que formaran un cos únic, i el del personal al servei de l'Administració de Justícia, així com l'estatut i el règim d'incompatibilitats dels membres del Consell General del Poder Judicial (en endavant, CGPJ) i les seves funcions, en particular en matèria de nomenaments, ascensos, inspecció i règim disciplinari.

Aquesta reserva a la llei orgànica que conté l'article 122 CE té com a finalitat última garantir la preservació dels principis caracteritzadors de la configuració del Poder Judicial establerts en el títol VI de la Constitució i, molt especialment, la de protegir la plenitud de la imparcialitat i de la independència del Poder Judicial.

Per a una millor comprensió de la intervenció de la jurisprudència del Tribunal Constitucional en la delimitació competencial en matèria d'Administració de Justícia, resulta important recordar que l'elaboració de la LOPJ el 1985, amb posterioritat als estatuts d'autonomia (entre aquests, l'Estatut d'autonomia de Catalunya, de 1979), va provocar un desfasament entre el contingut de la Constitució i el que sobre la matèria de justícia havien previst els estatuts d'autonomia. També s'haurà de tenir en compte que les competències assumides estatutàriament en aquesta matèria ho van ser, quant a la seva concreció i forma d'exercici, de conformitat amb el que disposés la futura LOPJ. A més, a la confusió competencial que va provocar el desfasament temporal referit, s'ha d'afegir la dificultat que va comportar el fet que el legislador estatal, en aprovar la LOPJ el 1985, no aconseguís tampoc una divisió diàfana entre el que en sentit estricte s'ha d'entendre per Administració de Justícia i aquelles altres actuacions accessòries o auxiliars d'aquest que no comprometen la independència i unitat del Poder Judicial i que en principi es podrien encomanar a les comunitats autònomes, en virtut principalment de les clàusules subrogatòries.

B) A l'hora d'exposar l'esquema competencial sobre l'"Administració de Justícia", es fa necessari al·ludir en primer lloc al principi d'unitat jurisdiccional recollit a l'article 117.5 CE. Aquest precepte disposa que: "El principi d'unitat jurisdiccional és la base de l'organització i del funcionament dels Tribunals".

Aquest principi, quant a l'"organització" dels jutjats i tribunals, requereix, com a mínim, una Planta Judicial i unes circumscripcions judicials homogènies en tot el territori de l'Estat, la unitat de govern del Poder Judicial, que els jutges i magistrats de carrera formin un cos únic i que el Tribunal Suprem, culmini, en la funció jurisdiccional, l'esmentada organització. En definitiva, exigeix una organització judicial ordinària d'àmbit general i predeterminada en la llei que integri tots els òrgans que exerceixen el Poder Judicial. Malgrat això anterior, la mateixa Constitució en aquest mateix precepte excepciona la Jurisdicció Militar.

A l'article 117.3 CE s'encomana als jutjats i tribunals integrants del Poder Judicial l'exercici de la potestat jurisdiccional i es disposa que aquests hauran de dur a terme les seves funcions d'acord amb les normes de competència i procediment que les lleis determinin. En aquest sentit, el principi d'unitat jurisdiccional implica també, quant al seu "funcionament" que aquest ha d'estar ben enllaçat des del punt de vista processal, de tal forma que a través de les seves actuacions i especialment mitjançant la via dels recursos i molt particularment del recurs de cassació, s'aconsegueixi i assegurui la desitjada uniformitat de criteri en l'aplicació de la norma. Per assegurar aquesta unitat d'actuació, l'article 149.1.6 CE ha reservat a l'Estat la competència sobre la "legislació processal, sens perjudici de les necessàries especialitats que en aquest ordre es deriven de les particularitats del dret substantiu de les Comunitats Autònomes". En aquest últim cas es tractaria de normes processals l'àmbit d'aplicació de les quals no podria excedir de l'àmbit de la respectiva comunitat autònoma.

En resum, perquè el sistema d'organització i funcionament del Poder Judicial dissenyat pel text constitucional s'adeqüi al principi d'unitat jurisdiccional necessitarà, en tot cas, no només respectar aquells preceptes constitucionals que es refereixen a manifestacions concretes de la unitat, sinó també que en la globalitat del sistema implantat es reconegui la presència d'aquell principi i la seva virtualitat en ordre a conjuntar-lo, de manera que quedin ben enllaçats tant el model d'organització com el de funcionament del Poder Judicial. En aquest sentit, el principi d'unitat jurisdiccional constitueix un límit a l'actuació de les comunitats autònomes en aquest àmbit.

C) Els preceptes constitucionals que fan possible compatibilitzar el principi bàsic d'unitat d'organització i funcionament del Poder Judicial (art. 117.5 CE) amb la possible assumpció per les comunitats autònomes de competències en l'àmbit de la Justícia, són els articles 149.1.5 i 152.1, paràgraf segon CE.

L'article 149.1.5 CE atribueix a l'Estat la competència exclusiva sobre l'"Administració de Justícia". Estableix una regla competencial l'abast de la qual, com s'ha apuntat abans, ha hagut de ser posteriorment delimitat pel Tribunal Constitucional, buscant una interpretació que coonestés i fes coherents els preceptes constitucionals citats amb el que en relació amb la matèria havien recollit els estatuts d'autonomia. L'Alt Tribunal ha matisat l'exclusivitat que predica l'article 149.1.5 CE en el sentit que la competència estatal no assoleix la totalitat de la matèria "Administració de Justícia", atès que acceptar la solució contrària hagués suposat negar virtualitat a les clàusules subrogatòries contemplades als estatuts d'autonomia.

En efecte, el Tribunal Constitucional en la seva Sentència 56/1990, de 29 de març, que va resoldre un recurs d'inconstitucionalitat plantejat contra determinats preceptes de la Llei orgànica 6/1985, d'1 de juliol, del Poder Judicial, en el seu Fonament Jurídic 6 diu:

"El art. 149.1.5 de la Constitución reserva al Estado como competencia exclusiva la 'Administración de Justicia'; ello supone, en primer lugar, extremo este por nadie cuestionado, que el Poder Judicial es único y a él le corresponde juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, y así se desprende del art. 117.5 de la Constitución; en segundo lugar, el gobierno de ese Poder Judicial es también único, y corresponde al Consejo General del Poder Judicial (art. 122.2 de la Constitución). La competencia estatal reservada como exclusiva por el art. 149.1.5 termina precisamente allí. Pero no puede negarse que, frente a ese núcleo esencial de lo que debe entenderse por Administración de Justicia, existen un conjunto de medios personales y materiales que, ciertamente, no se integran en ese núcleo, sino que se colocan, como dice expresamente el art. 122.1, al referirse al personal, 'al servicio de la Administración de Justicia', esto es, no estrictamente integrados en ella. En cuanto no resultan elemento esencial de la función jurisdiccional y del autogobierno del Poder Judicial; cabe aceptar que las Comunidades Autónomas asuman competencias sobre esos medios personales y materiales."

En el mateix sentit es pronuncia la Sentència del Tribunal Constitucional 62/1990, de 30 de març (FJ 4), que va resoldre un recurs d'inconstitucionalitat contra determinats preceptes de la Llei 38/1988, de 28 de desembre, de demarcació i planta judicial (LDiPJ).

El Tribunal Constitucional, com a intèrpret suprem de la Norma Fonamental, ha elaborat una doctrina sobre el contingut de l'esmentat concepte material, destacant que la distinció entre un sentit ampli i un sentit estricte en el terme "Administració de Justícia" no és una qüestió jurídicament irrellevant. És per això que el Tribunal parla de l'"administració de l'Administració de Justícia" per diferenciar-la de l'"Administració de Justícia", sobre la base de distingir entre funció jurisdiccional pròpiament dita, acompanyada de l'ordenació dels elements intrínsecs units a la independència amb què s'ha de desenvolupar la funció jurisdiccional ("Administració de Justícia"); i d'altra banda, el conjunt d'aspectes o elements que serveixen de suport material o personal a l'exercici d'aquella funció ("administració de l'Administració de Justícia"). El Poder Judicial necessita actuar de forma independent, la qual cosa no és obstacle perquè compti amb els mitjans personals i materials adequats per al seu correcte funcionament que puguin proporcionar-li altres poders que disposin d'aquests mitjans o que hi tinguin accés.

2. Començarem l'examen dels preceptes a què hem fet referència al principi per la disposició addicional novena de la Proposta de Reforma ("modificació de lleis per a l'efectivitat plena de l'Estatut"). En la part que aquí estem analitzant, aquest precepte disposa el següent: "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) Llei orgànica 6/1985, d'1 de juliol, del Poder Judicial [...]; b) Llei de l'Estat 50/1981, de 30 de desembre, de l'Estatut orgànic del Ministeri Fiscal [...]"

Com a principi general, entenem que perquè aquest precepte pugui ser considerat

constitucional hauria de recollir que determinats articles que estan inclosos en el text de reforma estatutària referents al Poder Judicial (i als que la disposició addicional novena al·ludeix genèricament, sense concretar-los), no podran tenir vigència fins que l'Estat modifiqui la LOPJ i l'Estatut orgànic del Ministeri Fiscal. I a més, hem de precisar que quan l'Estat exerceix la seva potestat legislativa no pot estar condicionat jurídicament pel que disposen aquests preceptes estatutaris, sobre els quals prevalen, en tot cas, la LOPJ i l'Estatut orgànic del Ministeri Fiscal, en virtut, respectivament, dels articles 122 i 124.3 CE. Del text de la disposició addicional novena, que utilitza els termes "efectivitat plena", "s'han de modificar" i "siguin plenament eficaços", no és possible assumir aquesta interpretació. A més, aquesta disposició addicional novena hauria de mencionar expressament tots els preceptes estatutaris que quedarien condicionats en la seva vigència, que en l'àmbit judicial són els que mencionarem en la part final d'aquest Fonament. Per tant, el primer paràgraf de la disposició addicional novena és inconstitucional. Per eliminar aquesta inconstitucionalitat, caldria substituir la redacció actual per una que no contingui un mandat als òrgans de l'Estat i que mencioni els preceptes estatutaris afectats, com podria ser la següent: "L'eficàcia dels preceptes d'aquest Estatut que s'especifiquen a continuació es produirà una vegada hagin estat modificades, d'acord amb el contingut previst en aquests, les lleis orgàniques o ordinàries següents:" (lleis que, en el tema que ara ens ocupa, serien la LOPJ i l'Estatut orgànic del Ministeri Fiscal, a les quals es refereixen respectivament les lletres a i c d'aquesta disposició addicional).

3. A continuació examinarem la resta de preceptes que es contenen en el text de la reforma estatutària i que es refereixen al Poder Judicial.

Convé avançar que en analitzar els dubtes de constitucionalitat que poden presentar-se considerem essencial tenir en compte la cobertura que per solucionar-los els dona la disposició addicional novena interpretada en el sentit que hem exposat.

En primer lloc farem referència als articles 37.2 ("Els actes que vulneren els drets reconeguts pels capítols I, II i III d'aquest títol i per la Carta dels drets i els deures dels ciutadans de Catalunya són objecte de recurs directament davant una sala de garanties estatutàries del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, en els termes i mitjançant el procediment establerts per la Llei orgànica del poder judicial") i 90, que es refereix al Tribunal Superior de Justícia de Catalunya.

En general es pot afirmar que el Tribunal Superior de Justícia és l'únic òrgan judicial en què la seva jurisdicció es correspon exactament amb el territori de la comunitat autònoma. Constitueix el més important reflex de l'estructura territorial de l'Estat en el Poder Judicial, ja que amb la seva creació s'ha pretès adaptar l'organització d'aquest a l'Estat de les Autonomies. Per això es va incloure la referència a aquest Tribunal en el títol VIII de la Constitució ("de l'organització territorial de l'Estat"), en comptes de fer-ho en el títol VI, dedicat al Poder Judicial.

Aquest òrgan constitueix el vèrtex de l'organització judicial al territori autònom, però no s'integra en l'organització institucional de la comunitat autònoma, ja que està enquadrat en l'estructura única del Poder Judicial de l'Estat. Es tracta, doncs, d'un òrgan estatal i el seu superior jeràrquic en l'àmbit jurisdiccional és el Tribunal Suprem.

L'article 152.1, paràgraf tercer CE consagra com a regla general el principi d'esgotament d'instàncies processals davant dels òrgans judicials que estiguin al territori de la comunitat autònoma en la qual es trobi l'òrgan competent en primera instància. Això suposa la prohibició que els recursos ordinaris (instàncies en sentit tècnic) siguin coneguts per òrgans judicials situats fora del territori de la comunitat autònoma. No obstant això anterior, aquest precepte constitucional no sembla impedir, segons ha entès el Tribunal Constitucional, que determinats assumptes, per raons constitucionalment justificades, puguin correspondre en primera instància a l'Audiència Nacional (STC 25/1981, de 14 de juliol, FJ 6; 199/1987, de 16 de desembre, FJ 6; 153/1988, de 20 de juliol, FJ 3; i 56/1990, de 29 de març, FJ 36).

En atribuir-se a aquests Tribunals Superiors de Justícia potestats cassacionals sobre el dret autònom de la respectiva comunitat autònoma, és possible també l'aplicació del concepte estricte de jurisprudència -a la qual es refereix l'article 1.6 del Codi civil- a la doctrina que

aquests elaboren i que es manifesta principalment a través del recurs de cassació. Sobre aquest esmentat article 1.6 convé advertir que la seva redacció actual és anterior a la Constitució per la qual cosa difícilment s'hi haguessin pogut esmentar aquests tribunals (òrgans judicials estatals) que sorgeixen precisament d'aquella.

Si bé al principi (al marge de la cassació respecte al Dret civil propi), es va dubtar sobre la possibilitat d'atribuir als Tribunals Superiors de Justícia el coneixement de recursos extraordinaris o especials ("graus"), que no són considerats com a instàncies processals en sentit tècnic, el fet cert és que la Llei de la jurisdicció contenciosa administrativa confirma tal possibilitat. Aquesta solució és raonable per tal com es fa necessari dotar a aquests tribunals superiors dels instruments precisos per a la correcta aplicació i interpretació del dret autonòmic. D'aquesta manera es consagra una certa autonomia d'aquests tribunals superiors per interpretar i aplicar l'ordenament autonòmic. De fet, l'aplicació per aquests òrgans judicials de les normes autonòmiques suposa una estreta vinculació del Poder Judicial amb l'ens autonòmic, cosa que a més posa en relleu el reconeixement d'un interès per part de la comunitat autònoma en tot allò que pertoca a l'organització i al funcionament del seu corresponent Tribunal Superior de Justícia. Així doncs, pot admetre's que amb suport en allò que disposa l'article 152 CE, l'Estatut d'autonomia de la corresponent comunitat autònoma competent pugui contenir unes determinacions raonables sobre algunes especialitats respecte a l'organització i funcionament del seu corresponent Tribunal Superior.

L'article 37.2 de la Proposta de Reforma crea una nova sala en el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, amb la qual cosa predetermina una nova modalitat d'òrgan judicial. Es tracta d'una previsió que altera la disponibilitat funcional del legislador estatal, perquè en afectar el principi d'unitat jurisdiccional com a base de l'organització dels tribunals, aquesta matèria està reservada per l'article 122.1 CE a la LOPJ. No obstant això, la constitucionalitat del precepte no es qüestiona si es posa aquest en relació amb la disposició addicional novena, redactada segons es proposa en aquest Fonament.

No seria necessària tanmateix aquesta cobertura i s'acceptaria la constitucionalitat del precepte si del seu text se suprimeix l'incís "una sala de garanties estatutàries".

L'article 90, en els apartats 2 i 3, introdueix com a competències del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya la resolució de recursos extraordinaris, "sens perjudici del recurs per a la unificació de doctrina que estableix la llei de la competència del Tribunal Suprem" (apartat 2) i "la funció de cassació en matèria de dret estatal, llevat, en aquest darrer cas, de la competència reservada al Tribunal Suprem per a la unificació de doctrina" (apartat 3).

Es tracta de qüestions que han de ser objecte de regulació per la Llei orgànica del Poder Judicial d'acord amb el que disposa l'article 122 CE, ja que afecten tant el funcionament homogeni dels Tribunals Superiors de Justícia com la seva relació amb el Tribunal Suprem. En aquest sentit, la constitucionalitat d'aquest precepte no es qüestiona si es posa en relació amb el que disposa la disposició addicional novena, redactada tal com s'ha proposat anteriorment.

Per una altra part, hem d'afegir que l'esmena núm. 162, que proposa una nova redacció de l'article 90.2, és constitucional.

Article 90, apartats 5 i 6. El contingut d'aquests preceptes (nomenament del president del Tribunal Superior de Justícia i dels presidents de les seves sales) incideix sobre l'estructura orgànica del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya i afecta el principi d'unitat jurisdiccional en el seu vessant de base de l'"organització dels tribunals". En conseqüència, la seva regulació en virtut de l'article 122.1 CE correspon a la LOPJ. Ara bé, aquests preceptes troben el seu aval de constitucionalitat en el que estableix la disposició addicional novena, redactada en els termes que hem proposat.

L'article 91 del text que se'ns sotmet a dictamen fa referència a "el Fiscal o la Fiscal Superior de Catalunya".

L'article 149.1.5 CE atribueix a l'Estat la competència sobre l'"Administració de Justícia", que comprèn la funció jurisdiccional pròpiament dita, acompanyada de l'ordenació dels elements



intrínsecs units a la independència amb què s'ha de desenvolupar la funció jurisdiccional. L'article 124.4 CE estableix que: "El Fiscal General de l'Estat serà nomenat pel Rei, a proposta del Govern, havent escoltat el Consell General del poder judicial". A fi que es pugui complimentar aquest últim tràmit, l'article 127.6 LOPJ atribueix al Ple del CGPJ la competència per emetre el corresponent informe. Finalment, l'article 124.3 CE disposa que la llei regularà l'estatut orgànic del Ministeri Fiscal. D'acord amb aquesta previsió, la Llei de l'Estat 50/1981, de 30 de desembre, regula l'esmentat estatut orgànic.

Sobre les previsions contingudes en els apartats 2, 3 i 4 del precepte que s'examina (nomenament del fiscal superior de Catalunya i memòria anual de la Fiscalia del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya), hi ha una reserva de regulació en favor de l'Estat. Malgrat aquesta reserva, en la regulació estatal es podria habilitar una participació de les comunitats autònomes respecte al Ministeri Fiscal. Quant al judici de constitucionalitat, hem de concloure que aquest precepte és constitucional si es posa en relació amb allò establert a la disposició addicional novena, redactada segons es proposa en aquest Fonament. A idèntica conclusió s'ha d'arribar respecte del que disposa l'article 96.3 respecte a les oposicions i concursos referents al Ministeri Fiscal.

Els articles 92 a 95 de la Proposta de Reforma, que regulen el "Consell de Justícia de Catalunya", contemplen una normativa que afecta el govern del Poder Judicial, la regulació del qual, de conformitat amb allò establert a l'article 122.2 CE, es reserva a la LOPJ. A aquest efecte cal ressaltar que la Constitució espanyola ha instaurat, com a òrgan constitucional de govern del Poder Judicial, el Consell General del Poder Judicial. L'ha situat en una posició institucional de paritat respecte dels altres òrgans constitucionals, i l'ha investit amb les garanties de superioritat i independència, característiques d'aquests en el seu ordre respectiu. La seva creació constitueix una manifestació més del principi d'unitat jurisdiccional (art. 117.5 CE), ja que a través de la reserva de la seva regulació a la LOPJ (art. 122.2 CE) es proclama la unitat de govern d'aquest poder de l'Estat.

Per la cobertura que els ofereix la disposició addicional novena, redactada en els termes que hem proposat, aquests preceptes són constitucionals.

L'article 96, apartats 1 i 2 es refereix a les oposicions i als concursos del personal judicial. Respecte a l'apartat 1 i quant a l'al·lusió que s'hi fa al "Consell de Justícia de Catalunya" es donen aquí per reproduïts els arguments i la conclusió a la qual s'ha arribat en tractar els articles 92 a 95. La seva regulació pel que fa a l'apartat 2 correspon, segons l'article 122.1 CE, a la LOPJ, però resulta constitucional per la cobertura que li atorga la disposició addicional novena, redactada segons s'ha proposat anteriorment.

L'article 98 fa referència als mitjans personals al servei de l'Administració de Justícia.

L'article 122.1 CE estableix que la Llei orgànica del Poder Judicial determinarà l'estatut jurídic "del personal al servei de l'Administració de Justícia". Referent a aquests mitjans personals, els preceptes clau de la LOPJ són els articles 470 i 471. El primer perquè enumera els cossos de funcionaris que s'engloben sota la denominació de personal al servei de l'Administració de Justícia, als quals qualifica com a cossos de caràcter "nacional" i el segon perquè atribueix competències respecte d'aquests al Ministeri de Justícia o, en el seu cas, a les comunitats autònomes. Aquest últim precepte, que va ser reformat per la Llei orgànica 16/1994, de 8 de novembre, va permetre una major operativitat en aquest àmbit a les clàusules subrogatòries, ja que va introduir la possibilitat que les comunitats autònomes assumissin competències respecte del personal al servei de l'Administració de Justícia en totes les matèries relatives al seu estatut i règim jurídic compreses la selecció, formació inicial i continuada, promoció de destinacions, ascensos, situacions administratives, jornada laboral, horari de treball i règim disciplinari.

Sobre la clàusula subrogatòria que es conté a l'article 18.1 del vigent Estatut d'autonomia i que també recull la Proposta de Reforma al seu article 104, convé simplement recordar que té com a finalitat l'atribució a la Generalitat, en relació amb l'Administració de Justícia, de l'exercici de totes aquelles facultats que la LOPJ hagi reconegut o atribuït al Govern de l'Estat. Les competències assumides en virtut d'aquesta clàusula no poden entrar en matèries referents a les competències estatals d'Administració de Justícia en sentit estricte (ex art.

149.1.5 CE), ni tampoc operar en aquells àmbits de la Justícia que la LOPJ reserva a òrgans diferents del govern o a algun dels seus departaments (per exemple al CGPJ). Finalment, la remissió que en aquestes fa a les facultats del govern identifica les competències assumides com de naturalesa d'execució simple i reglamentària, excloent-se per tant les competències legislatives.

Quant a la qualificació legal dels cossos funcionaris com a "Cossos Nacionals", el Tribunal Constitucional, en les seves Sentències 56/1990, de 29 de març (FJ 10), i 105/2000, de 13 d'abril (FJ 5), s'ha pronunciat favorablement respecte a la constitucionalitat d'aquesta qualificació, encara que sense considerar aquesta opció com l'única constitucionalment acceptable. Entén que, d'entre les altres possibles solucions constitucionals, aquesta és l'alternativa adoptada pel legislador orgànic, que és a qui per expressa determinació de l'article 122.1 CE li correspon regular l'estatut i el règim jurídic d'aquest personal. Malgrat això anterior, aquest Tribunal no nega l'eventualitat que les comunitats autònomes puguin assumir competències en aquest àmbit. Ara bé, per la pròpia condició de la clàusula subrogatòria, les facultats a assumir han de ser de caràcter executiu, respectant la regulació orgànica i els elements que es consideren definitoris i essencials de l'Estatut d'aquest personal afectat i integrat dins d'una estructura d'abast supracomunitari.

Tenint en compte les prescripcions constitucionals, l'apartat 1, lletres a, b, i k de l'article 98 de la Proposta de Reforma es refereix a matèries la regulació de les quals correspon en virtut de l'article 122.1 CE a la LOPJ. En conclusió, pot afirmar-se que aquest precepte és constitucional si es posa en relació amb allò establert a la disposició addicional novena, redactada segons es proposa en aquest Fonament. A idèntica conclusió cal arribar respecte a l'apartat 3, referent als secretaris judicials, i respecte a la disposició transitòria tercera.

L'article 102 es refereix a la demarcació, planta i capitalitat judicials.

La demarcació judicial consisteix a circumscriure territorialment els òrgans jurisdiccionals -que són definits en establir la planta judicial- i localitzar la capitalitat de cada una de les circumscripcions judicials. Encara que la demarcació judicial s'integra teòricament en la matèria "Administració de Justícia", tanmateix i per expressa disposició constitucional, el seu títol competencial específic se situa a l'article 152.1 paràgraf segon CE, que disposa que: "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 dins la unitat i la independència pròpies d'aquest darrer". Per la seva part, la LOPJ, en el seu article 35.1, en relació amb la disposició addicional primera, efectua una habilitació en favor de la Llei de demarcació i planta judicial (LDiPJ). Aquesta Llei és la 38/1988, de 28 de desembre.

Els apartats 1 i 2 de l'article 102 que examinem contenen una regulació diferent de la que, sobre aquesta matèria, recull l'article 35 de la LOPJ, amb la qual cosa es contradiu amb el que disposa l'article 152.1 CE. Es tracta, doncs, d'una matèria que ha de ser regulada a la LOPJ.

La constitucionalitat del precepte no ofereix dubtes si es posa en relació amb la disposició addicional novena, redactada en els termes que hem proposat.

D'altra banda, hem d'afegir que l'esmena núm. 191, que proposa modificar l'article 102.1, és constitucional.

L'article 103 de la Proposta de Reforma fa referència en el seu apartat 1 a la justícia de pau i en el seu apartat 2 a la de proximitat.

En l'actualitat l'article 26 de la LOPJ atribueix als jutjats de pau l'exercici de la potestat jurisdiccional i els seus titulars formen part del Poder Judicial durant el temps que serveixen en aquest òrgan. La regulació que contempla l'apartat 1 de l'article 103 de la Proposta de Reforma (després del primer punt i seguit d'aquest apartat), en la qual s'explicita la competència de la Generalitat en aquest àmbit, és matèria objecte de regulació per la LOPJ.

Això no obstant, si es posa en relació aquest article 103.1 amb la disposició addicional

novena, redactada com s'ha proposat anteriorment, el precepte és constitucional.

L'apartat 2 d'aquest article que s'analitza es dedica a la Justícia de Proximitat. Es tracta d'uns òrgans judicials de nova creació i que en l'actualitat no figuren recollits en la LOPJ. La constitució ex novo d'aquest tipus d'òrgans judicials correspon en virtut de l'article 122.1 CE a la LOPJ.

Sobre la constitucionalitat d'aquest apartat arribem a la mateixa conclusió que hem expressat respecte a l'apartat 1.

D'altra banda, hem d'afegir que l'esmena núm. 194, que proposa modificar l'article 103.1, és constitucional.

En conclusió, pot afirmar-se que els articles 37.2; 90.2, 3, 5 i 6; 91.2, 3 i 4; 92 a 95; 96.1, 2 i 3; 98.1.a, b i k; 102.1 i 2 i 103, són constitucionals si es posen en relació amb la disposició addicional novena i si aquesta es redacta en termes similars als que figuren en el punt 2 d'aquest Fonament.

Finalment, i com ja hem dit anteriorment, per aconseguir un major grau de seguretat jurídica, s'haurien de citar expressament els esmentats preceptes a la disposició addicional novena.

## **Fonament 6**

1. El capítol I del títol IV de la Proposta de Reforma estableix una tipologia de les competències: competències exclusives (art. 105), competències compartides (art. 106) i competències executives (art. 107). Així mateix, aquest capítol I es completa amb una sèrie de preceptes relatius a les competències de la Generalitat en relació amb la normativa de la Unió Europea (art. 108), en els termes que estableix el títol V, que serà analitzat més endavant; l'activitat de foment referida a l'exercici de les seves competències (art. 110) i, finalment, l'abast territorial i els efectes de les competències (art. 111).

La primera consideració que als efectes de l'objecte d'aquest dictamen correspon fer és la referida a la legitimitat constitucional de l'opció presa per la Proposta de Reforma d'establir, per si mateixa, una tipologia de competències quan, per la seva banda, la Constitució no ho va fer expressament. A la pregunta de si aquesta és una previsió que l'Estatut, com a norma institucional bàsica, pot contenir, la resposta no pot ser una altra que la d'afirmar que es tracta d'una opció que gaudeix de cobertura constitucional. En efecte, quan l'article 147.2.d CE estableix que correspon als estatuts d'autonomia, com a part integrant de l'ordenament jurídic estatal, determinar les competències de les comunitats autònomes, res no obsta perquè, amb aquesta finalitat, el legislador estatuent pugui ordenar les competències que assumeix d'acord amb els criteris que cregui més oportuns, en el marc delimitat per la Constitució.

L'ordre competencial o règim de distribució de competències entre l'Estat i les comunitats autònomes s'organitza a través del binomi integrat per la Constitució i l'Estatut. En aquest marc predeterminat per la Constitució, i d'acord amb el principi dispositiu que presideix el sistema construït a partir del seu títol VIII, és l'Estatut d'autonomia la norma a qui correspon determinar les competències que s'assumeixen i, en aquest sentit, res no impedeix que en la determinació competencial s'inclouï també un criteri d'ordenació o de tipologia competencial. Aquesta és una conclusió que es deriva ja de la primera jurisprudència del Tribunal Constitucional, quan afirmà que:

“Por lo que se refiere a la delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, de acuerdo con lo que determina el artículo 147.2.d) de la Constitución, son los Estatutos de Autonomía las normas llamadas a fijar las ‘competencias asumidas dentro del marco establecido en la Constitución’, articulándose así el sistema competencial mediante la Constitución y los Estatutos, en los que éstos ocupan una posición jerárquicamente subordinada a aquella.” (STC 76/1983, de 5 d'agost, FJ 4.a)

Per tant, en aquesta funció de determinació competencial que correspon dur a terme als estatuts d'autonomia, no resta exclosa la d'establir també una tipologia de les competències

assumides per la norma institucional bàsica. És una opció que, com a tal, s'adiu a la Constitució.

2. En segon lloc, i en el marc de l'anàlisi del contingut d'aquest capítol I, aquest òrgan consultiu centrarà la seva atenció en l'article 106, relatiu a la configuració de les competències compartides, sens perjudici de, si s'escau, incidir circumstancialment en altres articles del capítol I.

L'esmentat article 106 preceptua el següent:

“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 per mitjà d'una llei l'efectivitat normativa i el desplegament d'aquestes disposicions estatals.”

A criteri d'aquest òrgan consultiu, el contingut d'aquest precepte de la Proposta de Reforma resulta d'especial rellevància per abordar la constitucionalitat del plantejament que, a partir del capítol II (les matèries de les competències), ha seguit el legislador català per a la concreció material i funcional de les matèries competencials. Sembla fora de dubte que les prescripcions de l'article 106 predeterminen una bona part del contingut del capítol II.

De les previsions de l'article 106 cal destacar tres aspectes que justifiquen la importància de la definició que el precepte fa de les competències compartides i que han de permetre jutjar la seva adequació a la Constitució: A) la concepció de la potestat legislativa de la Generalitat com una funció compartida amb l'Estat i la integritat de la potestat reglamentària i de la funció executiva, en el marc dels principis, els objectius o els estàndards mínims que el mateix Estat hagi fixat; B) la consideració de la llei com a instrument formal de caràcter general per a la fixació per l'Estat dels principis, els objectius o els estàndards mínims, llevat dels casos que estableixen expressament la Constitució i aquest Estatut; i C) l'atribució efectuada al Parlament perquè, mitjançant una llei, concreti l'efectivitat normativa i el desplegament d'aquestes disposicions estatals.

A) Abordem ja la primera qüestió, que –per si mateixa– comprèn dos aspectes que han de rebre un tractament individualitzat: a) el primer es refereix a la concepció de les competències compartides en el marc dels principis, els objectius o els estàndards mínims que fixi l'Estat; b) el segon és el relatiu a les matèries que són objecte de competències compartides i les tècniques que han estat emprades per delimitar-les.

a) La concepció de la potestat legislativa de la Generalitat de forma compartida amb l'Estat, i la integritat de la potestat reglamentària i de la funció executiva, en el marc dels principis, els objectius o els estàndards mínims que aquest hagi fixat i la seva adequació a les prescripcions constitucionals, obliga, en primer lloc, a posar en relleu alguns aspectes relacionats amb l'abast que fins ara ha tingut la normativa que l'Estat ha aprovat amb el caràcter de bàsica, segons les prescripcions de l'article 149.1 CE. Amb aquesta finalitat, escau concretar els criteris que la jurisprudència del Tribunal Constitucional i la doctrina d'aquest Consell Consultiu han establert sobre l'abast de la legislació bàsica estatal, per ubicar millor l'opció que ha pres la Proposta de Reforma en el seu context jurídic.

En síntesi, el Tribunal Constitucional, des dels inicis de la seva jurisprudència i el seu desenvolupament posterior, ha assenyalat que la qualificació pel legislador estatal d'una norma com a “bàsica” no comporta que per aquesta raó hagi de tenir aquest caràcter, sinó que finalment correspon a la jurisdicció constitucional jutjar si l'atorgament de la condició de bàsica a aquella norma s'ajusta a la Constitució. És a dir, és la justícia constitucional la que determina si el legislador estatal ha fet bon ús de la seva potestat (STC 32/1981, de 28 de juliol, FJ 5; i 197/1996, de 28 de novembre, FJ 5.a).

Aquesta regla interpretativa va cobrar una especial rellevància ja de llavors ençà, com a conseqüència de la vis expansiva que el legislador estatal anava atribuint a la seva normativa

bàsica, tot reduint alhora el marge d'acció legislativa dels parlaments autonòmics. Per la seva banda, la doctrina d'aquest Consell Consultiu va reiterar també, des dels seus primers dictàmens, que l'Estat ha d'establir les bases de forma flexible, a fi de permetre a les comunitats autònomes l'exercici de llurs competències normatives i poder desenvolupar polítiques públiques pròpies (Dictàmens núm.: 1, 10, 182, 211, etc.).

L'eix central de la jurisprudència constitucional sobre les anomenades "bases" estatals s'ha configurat sobre les competències compartides entre l'Estat i les comunitats autònomes, d'acord amb un criteri material i formal de determinació de les bases. Segons el primer, el Tribunal ha assenyalat que la definició d'allò que és bàsic no pot quedar a la lliure disposició de l'Estat i, en tot cas, la competència estatal en aquest àmbit funcional haurà sempre d'evitar el buidament o el desapoderament de les competències de les comunitats autònomes (STC 80/1988, de 28 d'abril, FJ 5). Malgrat el caràcter homogeni que és atribuït a les bases estatals, la seva interpretació no es pot fer de manera uniforme i, en aquest sentit, la fixació dels paràmetres que han de servir per delimitar-les cal fer-la -recorda el Tribunal Constitucional- cas per cas (STC 197/1996, de 28 de novembre, FJ 5).

En aquest mateix context material, les bases han estat enteses com un comú denominador normatiu, que ha de permetre assegurar la unitat fonamental de l'ordenament sobre la distribució de competències (STC 1/1982, de 28 de gener, FJ 1.2; 172/1996, de 31 d'octubre, FJ 1; i 103/1997, de 20 de maig, FJ 2). Això comporta que el comú denominador normatiu estigui dirigit a assegurar els interessos generals i a dotar d'estabilitat la regulació general de les matèries, atès que les bases afecten aspectes estructurals de l'Estat (STC 1/1982, de 28 de gener, FJ 1.2) i, a partir d'aquest marc unitari, cada comunitat autònoma pot introduir les peculiaritats que estimi més convenients (STC 49/1988, de 22 de març, FJ 16). Tot precisant la seva construcció argumental, el Tribunal ha afirmat que les bases estatals tenen un doble caràcter: d'una banda, positiu, en la mesura que serveixen per establir els criteris fonamentals que han de servir per assegurar la unitat normativa indispensable d'un sector o activitat i, d'una altra, un vessant negatiu, atès que són un límit que el legislador autonòmic no pot ultrapassar (STC 25/1983, de 7 d'abril, FJ 4). No obstant això, l'element d'uniformitat que el Tribunal Constitucional ha atribuït a la definició d'allò que és bàsic també ha admès, en supòsits excepcionals, la possibilitat d'estendre l'abast de les normes bàsiques més enllà del comú denominador (STC 49/1988, de 22 de març, FJ 16; i 133/1997, de 16 de juliol, FJ 4.b).

Des de la perspectiva formal, i un cop la legislació relacionada amb la configuració de l'anomenat Estat de les autonomies s'anava consolidant, el Tribunal Constitucional va fixar la doctrina segons la qual l'instrument normatiu que amb caràcter general resultava més adient per determinar les bases havia de ser la llei de les Corts Generals (STC 69/1988, de 19 d'abril, FJ 5; i 80/1988, de 28 d'abril, FJ 5). Ara bé, també va admetre la determinació de l'abast de les normes bàsiques a través de disposicions infralegals, sempre que fossin regulacions de caràcter marcadament tècnic (STC 76/1983, de 5 d'agost, FJ 24; i 131/1996, d'11 de juliol, FJ 2). I solament en casos excepcionals, el Tribunal ha acceptat actes d'execució amb caràcter bàsic.

Tanmateix, el balanç que ha ofert el grau de seguiment d'aquesta doctrina jurisprudencial per part de les Corts Generals no ha estat massa deferent, la qual cosa ha motivat que la doctrina d'aquest Consell Consultiu, en l'exercici de la funció que li correspon en relació amb casos concrets en què es dilucidaven controvèrsies competencials, hagi posat de manifest que la intensa col·laboració entre la llei i el reglament, en la determinació de les bases estatals, ha suposat -de fet- una mena de xec en blanc al Govern, quan no una deslegalització absoluta en la determinació de les bases (Dictamen núm. 231, de 22 de juliol de 2002). Conseqüència aquesta que, no obstant això, no ha trobat una actitud de major refús en la jurisdicció constitucional. En aquest sentit, el criteri adoptat pel Tribunal Constitucional, malgrat la seva doctrina basada en la concepció formal de les bases, ha obert un camí caracteritzat per una gran inseguretats jurídica (Dictamen núm. 261, de 17 de febrer de 2004).

Doncs bé, després d'aquesta necessària síntesi de la jurisprudència constitucional i de la nostra doctrina, cal determinar ara si, d'acord amb les previsions de la Constitució i la interpretació donada pel seu màxim intèrpret, el contingut de la Proposta de Reforma, establert a l'article 106, relatiu a l'exercici de les competències compartides de la Generalitat

“[...] en el marc dels principis, els objectius o els estàndards mínims que fixi l'Estat [...]”, disposa de suport constitucional.

Cal començar per afirmar que, quan la Constitució atribueix a l'Estat la competència exclusiva per determinar les bases, les condicions bàsiques o les normes bàsiques en els diversos apartats de l'article 149.1 CE, en cap cas no està definint què entén per bases. És a dir, la Constitució de 1978, tot i que hagués estat desitjable d'acord amb criteris d'una major seguretat jurídica, no va determinar un criteri per delimitar l'abast d'allò que, com a regla general, havia de ser l'objecte de la legislació bàsica estatal. Altrament dit: la Constitució no va definir les “bases” i, per aquest motiu, tot i que no era la solució més adient, el Tribunal Constitucional ha esdevingut l'òrgan constitucional que, de fet, ha assumit la funció de dur a terme aquesta definició. I, en aquest sentit, la seva doctrina es va construir segons les regles interpretatives que acaben de ser exposades, en les quals, en tot cas, prevalia el criteri indeterminat relatiu al fet que l'exercici de la competència estatal per regular les normes, la legislació o les condicions bàsiques, havia de deixar marge per a l'autonomia normativa de les comunitats autònomes. I pel que fa a la doctrina jurídica, les concepcions sobre la determinació de l'abast de la legislació bàsica han estat diverses, variant entre una noció de les bases enteses com a principis generals i una altra en què s'entendrien com a directrius més precises i concretes.

En tot cas, allò que esdevé especialment rellevant per endegar el judici de constitucionalitat que aquest òrgan consultiu ha de dur a terme és que –efectivament– la Constitució no va definir les bases ni, encara menys, va especificar el seu abast, amb la qual cosa la seva indeterminació i, per tant, també la manca de concreció sobre les competències assumides en els estatuts d'autonomia i sobre els límits de la potestat legislativa dels parlaments autonòmics, fou una lògica conseqüència.

La Proposta de Reforma que ens ha estat sotmesa a dictamen pel Parlament de Catalunya ha pres l'opció de dur a terme una tasca de definició i concreció funcional i material de les competències. I la pregunta immediata, a la qual hem de donar una necessària i imprescindible resposta en aquesta seu consultiva, és si l'Estatut d'autonomia, com a norma institucional bàsica, pot realitzar aquesta funció. Doncs bé, d'acord amb les previsions establertes a l'ordenament jurídic, no existeix una reserva de llei estatal –llevat de les excepcions relatives, per exemple, a policia autònoma o radiotelevisió– que obligui a concretar els criteris funcionals i materials establerts a la Constitució per delimitar les competències. Tampoc no existeix una reserva de Constitució segons la qual hagi de ser aquesta l'única norma en la qual calgui definir les competències. És a dir, no existeix un mandat constitucional explícit que obligui a deixar oberts els preceptes constitucionals que atribueixen competències.

En realitat, aquesta funció de definició o concreció dels aspectes materials i funcionals que caracteritzen cadascuna de les competències l'han realitzada fins ara les lleis bàsiques estatals, tot desconstitucionalitzant el procés de descentralització política. Per tant, res no impedeix que la tasca de definició competencial la duguin a terme els mateixos estatuts, en la seva condició de norma institucional bàsica, és a dir, de norma estatal a través de la qual es concreten els mandats constitucionals en matèria de competències. Evidentment, és una tasca que consisteix a delimitar les pròpies competències, però no pas a definir l'abast de les “bases” estatals. Així es deriva de l'article 147.2.d CE, quan estableix que “2. Els Estatuts d'Autonomia hauran de fer constar: [...] d) Les competències assumides dins el marc establert per la Constitució i per les bases per al traspàs dels serveis que els correspondran”. I sense que, en aquesta tasca de concreció material i funcional de les matèries competencials, pugui imputar-se a l'Estatut estar realitzant una funció similar a la que és impedida per la jurisprudència constitucional al legislador estatal, d'aprovar lleis interpretatives de la Constitució (STC 76/1983, de 5 d'agost, FJ 4.c).

Per tant, en defecte d'una definició de les bases estatals continguda a la mateixa Constitució vigent, la qual cosa segurament hagués estat més coherent amb la lògica jurídica d'un Estat políticament descentralitzat; en defecte, també, d'una reforma constitucional en el mateix sentit, cal concloure que no hi ha impediment constitucional explícit perquè aquesta tasca de concreció l'acompleixi l'Estatut d'autonomia. Obviament, la funció de concreció material i funcional no és lliure perquè, si bé no hi ha dubte que l'Estatut pot tancar les opcions que la

Constitució ha deixat obertes, és del tot preceptiu que no pot contradir allò que clarament ha quedat establert per la norma normarum. Quan aquesta dona marge per a més d'una solució, l'Estatut disposa d'un cert camp d'elecció. Però quan la Constitució no admet cap concreció, és evident que la mateixa funció resta vedada. D'acord, doncs, amb aquest criteri, abordarem més endavant cadascuna de les matèries competencials que componen el capítol II del títol IV de la Proposta de Reforma.

En conclusió, l'opció presa per la Proposta de Reforma de dur a terme una concreció o determinació material i funcional de les competències és constitucional. En conseqüència, idèntica ha de ser la conclusió a què cal arribar, en relació amb la previsió del seu article 106, sobre la concepció de la potestat legislativa de la Generalitat de forma compartida amb l'Estat, en el marc dels principis, els objectius o els estàndards mínims que aquest hagi fixat.

b) Un segon apartat d'aquest primer punt de la nostra anàlisi de constitucionalitat de l'article 106 de la Proposta de Reforma és el relatiu a les tècniques que han estat emprades per delimitar les matèries que són objecte de competències compartides.

Aquesta Proposta de Reforma, després de definir les competències exclusives a l'article 105, àmbit sobre el qual el legislador estatal no pot intervenir, determina les competències compartides a l'article 106. D'acord amb la tipologia de competències que incorpora al seu títol IV, en uns casos ha emprat la tècnica de distingir, dintre d'una matèria que la Constitució qualifica com a competència bàsica estatal, una submatèria que passa a tenir una identitat pròpia i que és qualificada com a competència exclusiva de la Generalitat. A mode d'exemple, en l'àmbit de la matèria relativa al règim jurídic i procediment de les administracions públiques, que segons el que estableix la Constitució (art. 149.1.18 CE), és de caràcter compartit, la Proposta de Reforma, en el seu article 113, introdueix dues submatèries: la que s'inclou a l'apartat 1 és exclusiva mentre que la que apareix a l'apartat 2 és compartida.

De forma abstracta i amb caràcter general, és criteri d'aquest Consell Consultiu que res no es pot objectar a la utilització d'aquesta tècnica per la Proposta de Reforma, la qual cosa comporta que una part de la competència, definida ara de manera més precisa, esdevingui una competència exclusiva de la Generalitat i, per tant, exercida d'acord amb el que estableix l'article 105 de l'esmentada Proposta.

Ara bé, la utilització d'aquesta tècnica s'ha d'analitzar cas per cas per determinar si és conforme amb la Constitució, ja que cal examinar si la part que declara com a competència exclusiva queda o no integrada en el nucli material que la Constitució manté com a competència bàsica estatal. Aquesta tasca la drem a terme en el proper Fonament.

De la mateixa forma s'ha d'entendre també la tècnica que ha utilitzat la Proposta de Reforma de definir les competències compartides sobre determinades matèries, però tot derivant d'aquestes una sèrie de submatèries respecte de les quals, en tot cas, la competència correspon a la Generalitat (com ara l'art. 139.2, relatiu a universitats, o l'art. 150, referit a mercats de valors i centres de contractació, entre d'altres). Aquesta previsió continguda a la Proposta suposa convertir aquestes submatèries en àmbits de regulació que, en tot cas, corresponen a la Generalitat, a fi d'impedir que les bases estatals puguin ocupar la reglamentació i l'execució sobre una matèria, i la Generalitat pugui exercir les competències previstes a l'article 107 de la Proposta de Reforma. Ara bé, alhora, cal tenir present que, en la seva actuació sobre aquestes submatèries, i en els casos excepcionals que s'escaigui, la Generalitat haurà de respectar les bases estatals.

Per tant, en aquest sentit, la tècnica emprada per la Proposta de Reforma relativa al contingut de les competències compartides és constitucional.

D'acord, doncs, amb aquests criteris, en el Fonament següent seran analitzats, cas per cas, els preceptes del capítol II del títol IV referits a les matèries competencials en particular.

B) Passem ara a analitzar el segon aspecte del contingut de l'article 106 de la Proposta de Reforma, relatiu a la consideració de la llei com a instrument formal de caràcter general per a la fixació per l'Estat dels principis, els objectius o els estàndards mínims, llevat dels casos

que estableixen expressament la Constitució i aquest Estatut.

La qüestió que ara es planteja en aquesta part de les prescripcions de l'article 106 de la Proposta de Reforma és la regla segons la qual, en les matèries que l'Estatut atribueix a la Generalitat la competència de forma compartida amb l'Estat, cal que sigui una norma estatal amb rang de llei la via a partir de la qual la Generalitat exerceixi la seva potestat legislativa compartida 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. La llei formal de les Corts Generals ha de ser, doncs, la regla general als efectes de la fixació d'allò que és bàsic.

Atesa la jurisprudència constitucional que hem ressenyat anteriorment, no pot oferir dubte que aquesta previsió de la Proposta de Reforma troba ple suport a la Constitució. En efecte, el que prescriu l'article 106 no és cap altra cosa que el criteri formal de bases establert temps ençà per la jurisprudència del Tribunal Constitucional, segons el qual l'instrument normatiu més adient per establir les normes bàsiques amb posterioritat a la Constitució ha de ser la llei (STC 1/1982, de 28 de gener, FJ 1). No és, doncs, cap imposició de la Proposta de Reforma de l'Estatut adreçada a la Constitució.

En aquesta línia interpretativa, cal recordar que per fonamentar la seva posició, el Tribunal Constitucional argumentà que la justificació d'aquesta exigència de llei formal es troba en el fet que només mitjançant aquest instrument normatiu s'assolirà, amb les garanties inherents al procediment legislatiu, una determinació certa i estable dels corresponents àmbits d'ordenació de les matèries, en les quals concorren i s'articulen les competències bàsiques estatals, i les legislatives i reglamentàries autonòmiques (STC 69/1988, de 19 d'abril, FJ 5; 80/1988, de 28 d'abril, FJ 5; i 13/1989, de 26 de gener, FJ 3). I així també ho va recollir el nostre Dictamen núm. 215, de 28 de març de 2000.

Aquesta previsió de l'article 106 en favor del criteri general de la llei com a instrument per determinar l'abast d'allò que ha de ser bàsic, a més de ser escrupolosament respectuosa amb la jurisprudència constitucional, respon a un desitjable principi de garantia jurídica per preservar la seva integritat, que ha de trobar en la llei de les Corts Generals la màxima expressió, ja que, en efecte, no és el mateix que la fixació de les bases sigui aprovada per les Corts o que sigui obra del Govern. I no ho és perquè el procediment legislatiu i la pluralitat d'opcions normatives que han de donar-se en el debat parlamentari permeten expressar en la llei la pluralitat política que la institució parlamentària representa. Per tant, el que estableix l'article 106, tot seguint la jurisprudència constitucional, és que han de ser les Corts Generals l'òrgan constitucional més adient, o si es vol, la seu natural destinada a la fixació de les bases que l'Estat estableix com a límit de la legislació autonòmica.

En conseqüència, aquesta segona previsió de l'article 106 de la Proposta de Reforma és constitucional.

C) Finalment, abordem el tercer aspecte de l'article 106 de la Proposta de Reforma, que és el relatiu a l'atribució feta al Parlament perquè, per mitjà d'aquesta cambra, es concreti l'efectivitat normativa i el desplegament d'aquestes disposicions estatals. Més concretament, el precepte estableix el següent:

"[...] El Parlament ha de concretar per mitjà d'una llei l'efectivitat normativa i el desplegament d'aquestes disposicions estatals."

En aquest incís del precepte, no hi ha dubte que la Proposta de Reforma explicita un principi essencial de l'ordenament jurídic segons el qual la llei autonòmica és l'expressió normativa de l'autonomia política derivada de la Constitució i, en aquest sentit, el desenvolupament de la legislació bàsica de l'Estat ha de traduir-se en una llei. En una llei del Parlament autonòmic, en la llei del Parlament de Catalunya diferenciada de l'estatal solament en virtut del principi de competència.

En l'àmbit de les competències compartides entre l'Estat i les comunitats autònomes, el binomi integrat per la llei bàsica estatal i la llei autonòmica de desenvolupament ha de ser una lògica conseqüència del sistema normatiu establert per la Constitució de 1978 per regular les competències.



Tanmateix, el balanç que ha ofert l'aplicació d'aquest binomi al llarg dels anys transcorreguts d'autonomia política -i que aquest òrgan consultiu considera adient evocar en la fonamentació d'aquest dictamen- posa de manifest una relació existent entre la llei bàsica i la llei autonòmica en la qual aquesta última ha aparegut com un producte normatiu de caràcter subordinat. De fet, en moltes ocasions, la relació entre ambdues lleis ha estat més pròpia de la relació que es produeix entre la llei i el reglament administratiu, és a dir, una relació merament executiva. La vis expansiva experimentada en la determinació de les bases per l'Estat i la concreció formal d'aquestes a través de reglaments administratius, ha estat sense dubte la causa d'aquesta posició jurídicament disminuïda de la llei autonòmica. I l'efecte d'aquesta situació ha comportat una considerable parcel·lació de les competències de la Generalitat i de la resta de comunitats autònomes, fins al punt d'impedir en bona part la disponibilitat normativa sobre les pròpies competències legislatives.

En aquest sentit, la previsió de l'últim incís de l'article 106 de la Proposta de Reforma s'ha d'entendre en una lògica diferent a la ressenyada, és a dir, en una lògica constitucional de relació entre la llei autonòmica i la llei bàsica estatal fonamentada en el principi de competència. La qual cosa significa que, en efecte, ha de ser la llei del Parlament la que ha de concretar o desplegar, d'acord amb el principi d'autonomia normativa, els principis, els objectius o els estàndards que l'Estat hagi fixat. Això, tanmateix, no pot impedir que, si escau, la llei bàsica estatal pugui ser d'aplicació directa a Catalunya.

En conseqüència, aquest incís final de l'article 106, segons el qual "el Parlament ha de concretar per mitjà d'una llei l'efectivitat normativa i el desplegament d'aquestes disposicions estatals", és constitucional.

En el marc d'aquest capítol I del títol IV, pertoca també abordar el judici de constitucionalitat de l'esmena número 200, que estableix el següent:

"1. En l'àmbit de les seves competències exclusives, correspon a la Generalitat de manera íntegra i excloent, amb l'únic límit que el de respectar les condicions bàsiques a que es refereix l'article 149.1.1 de la Constitució, la potestat reglamentària i la funció executiva. L'exercici d'aquestes potestats i funcions correspon únicament a la Generalitat, mitjançant les quals pot establir polítiques pròpies."

D'acord amb els criteris hermenèutics que han estat exposats en aquest Fonament, cal considerar que els mots "íntegre" -és a dir, complet- i "excloent" -és a dir, exclusiu- són conceptes complementaris, que permeten definir una competència en un àmbit material determinat, la qual cosa no impedeix la incidència d'altres títols competencials. En aquest sentit, el text de l'esmena 200 és constitucional.

3. Ens pertoca ara tractar el contingut de l'article 107 de la Proposta de Reforma, relatiu a les competències executives, que estableix el següent:

"Correspon a la Generalitat, en les matèries en què 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 a 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."

L'article 107 estableix el tercer tipus de competències de la Generalitat, que qualifica d'"executives". En l'exercici d'aquestes competències, correspon a la Generalitat 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 a establir l'ordenació general de la matèria, i també la integritat de la funció executiva, la qual inclou en tot cas la potestat d'organització de la mateixa Administració i una sèrie de funcions de caràcter instrumental per fer efectiva la potestat executiva.

Dintre del concepte “competència executiva” s’inclouen, de fet, dos tipus d’activitats materials pròpies del govern i de les administracions públiques: l’exercici de la potestat reglamentària i la funció executiva en sentit estricte, és a dir, l’emanació d’actes administratius, sigui amb contingut general o singular. Per tal de garantir la integritat d’aquesta funció executiva s’enumeren tot un seguit de funcions administratives que són complementàries o instrumentals amb relació a l’activitat d’execució. Així, la planificació o programació, les facultats d’intervenció administrativa, l’activitat registral, les potestats inspectores i sancionadores i l’execució de les subvencions.

La novetat d’aquest precepte i que, eventualment, podria plantejar dubtes de constitucionalitat, és la introducció de la potestat reglamentària externa, ja sigui per desenvolupar lleis autonòmiques o estatals, dintre del concepte de competència executiva.

Fins ara, el Tribunal Constitucional ha establert, de forma reiterada i uniforme, que les competències executives de les comunitats autònomes inclouen la potestat d’emanar actes administratius i reglaments organitzatius, és a dir, els necessaris per crear i organitzar l’Administració que ha de dur a terme la funció executiva. Aquesta doctrina ha estat elaborada amb motiu de la interpretació sobre l’abast de les competències legislatives estatals i el seu complement mitjançant la competència d’execució de la llei estatal per part de les comunitats autònomes.

En aquest sentit, ja des de la Sentència 18/1982, de 4 de maig, el Tribunal Constitucional ha establert que la potestat reglamentària general o d’execució de la llei correspon a l’Estat com a titular de la potestat legislativa, mentre que a la comunitat autònoma només li correspon la potestat d’executar la normativa estatal (lleis i reglaments) i, en el seu cas, l’aprovació de reglaments organitzatius.

A aquesta conclusió arriba el Tribunal Constitucional després de recordar la distinció dogmàtica entre reglaments executius i reglaments organitzatius o independents i defensar la necessària col·laboració entre la llei i el reglament executiu, la qual cosa comporta que el titular de la potestat legislativa hagi de ser el mateix que el de la potestat per dictar el reglament executiu.

Al mateix temps, el Tribunal Constitucional utilitza un altre argument que té un valor molt significatiu. En l’esmentada Sentència 18/1982 (FJ 5) afirma que el seu raonament “cuenta hoy con el apoyo de los Estatutos de Autonomía hasta la fecha promulgados” i, en concret, fa referència a l’article 25 EAC, on s’afirma que, en el cas de les competències executives, la Generalitat haurà de sotmetre’s a les normes reglamentàries estatals. Cal concloure, doncs, que la doctrina del Tribunal Constitucional no es fonamenta en la interpretació de la Constitució, sinó en la dels estatuts d’autonomia.

Doncs bé, si la doctrina del Tribunal Constitucional es fonamenta en el contingut dels estatuts d’autonomia, que formen part del bloc de constitucionalitat, es pot concloure que, si aquest contingut es modifica sense vulnerar el text de la Constitució (que en cap moment no determina l’abast de la competència estatal de “legislació”), la doctrina del Tribunal Constitucional podria ser modificada.

En conseqüència, el contingut de l’article 107 no vulnera cap precepte constitucional i, si bé és contrari a la doctrina del Tribunal Constitucional en relació amb les competències executives de les comunitats autònomes, aquesta doctrina va ser elaborada sobre la base d’un contingut estatutari que ara es modifica.

Per tant, l’article 107 de la Proposta de Reforma és constitucional.

4. Un cop abordades les qüestions relatives a la tipologia de les competències que estableix la Proposta de Reforma, seguidament seran analitzades les que afecten les matèries competencials en particular, les que són previstes al capítol II del títol IV (art. 112 a 167). No obstant això, escau fer avinent que en algunes d’aquestes matèries competencials també es plantegen problemes de rellevància constitucional, però específicament referits a les

relacions de bilateralitat entre l'Estat i la Generalitat, que seran tractades de forma conjunta en el Fonament IX, que serà dedicat, justament, a les esmentades relacions de bilateralitat regulades al títol V de la Proposta de Reforma.

## **Fonament 7**

1. Articles 112, 113, 114 i 155 (administracions públiques).

Examinarem conjuntament els articles 112, 113, 114 i 155 de la Proposta de Reforma, ja que tots aquests regulen les competències de la Generalitat en matèria d'administracions públiques. Aquests preceptes mereixen dos tipus de consideracions, una de general i una altra de caràcter més específic.

A) De forma general, resulta evident que amb aquesta regulació podria produir-se un salt qualitatiu important envers la situació actualment vigent. En efecte, l'article 10.1 EAC qualifica aquesta competència com a compartida i, el que és més important, la refereix exclusivament, en els seus punts 1 i 2, a l'Administració de la Generalitat i als ens públics que en depenguin; i d'altra banda, l'article 9.8 EAC, referit a les competències de la Generalitat sobre règim local, les qualifica com a exclusives, encara que limitades per la coneguda clàusula de "sens perjudici d'allò que disposa el número 18 de l'apartat 1 de l'article 149 de la Constitució".

En canvi, els articles 112, 113 i 114 de la Proposta de Reforma no només qualifiquen aquesta competència com a exclusiva en bona part del seu contingut (art. 112, 113.1, 113.3.a, 114.a i c), sinó que l'estenen a la generalitat de les "administracions públiques catalanes".

Doncs bé, si s'entengués aquesta regulació en el sentit d'equiparar les competències que disposa la Generalitat sobre l'Administració local (en particular els municipis) amb les que pot exercir sobre la seva pròpia Administració, l'única conseqüència possible seria la declaració d'inconstitucionalitat dels preceptes esmentats. Aquestes competències no són exclusives, ja que han de respectar les bases previstes a l'article 149.1.18 CE i, el que encara és més important, les referides a l'Administració local resulten també afectades pel necessari respecte a la garantia institucional de l'autonomia local, que correspon garantir no només a la Generalitat sinó també a l'Estat. Els municipis són entitats dotades de personalitat pròpia, i encara que l'article 2.3 de la Proposta de Reforma consideri encertadament que integren el sistema institucional de la Generalitat, això no significa que aquesta disposi sobre aquests d'una capacitat reguladora assimilable a la que té sobre la seva pròpia Administració.

A més, la combinació dels dos grups de preceptes pot donar lloc a confusió, ja que si l'article 155 és el que regula les competències relatives als ens locals, no és fàcil decidir si aquests també resulten afectats pels articles 112, 113 i 114, i en quina mesura.

Conseqüentment, entenem que s'haurien de precisar aquestes qüestions. Nosaltres ens limitem a exposar una interpretació que permet considerar, de la manera següent, la constitucionalitat dels preceptes al·ludits: els articles 112, 113 i 114 afecten, prima facie, només a l'Administració de la Generalitat, i el plural "administracions públiques" permet incloure en l'àmbit d'aquests preceptes els ens locals de lliure creació de la Generalitat que no apareixen protegits per la garantia de l'autonomia local (comarques, entitats metropolitanes, vegueries), així com els ens públics de base institucional o fundacional dependents d'una i dels altres. En la mesura que puguin afectar, excepcionalment, també els municipis (situació que aparentment només sembla donar-se en relació amb l'article 114, sobre la funció pública) les actuacions corresponents hauran de respectar l'esmentat principi de l'autonomia local, la protecció de la qual també correspon a l'Estat.

Així interpretats de forma global, els articles 112, 113 i 114 són constitucionals, igual que l'esmena 210.

B) De forma més concreta, hi ha altres preceptes que mereixen un tractament diferenciat.

a) L'article 113.3.a declara la competència exclusiva de la Generalitat en matèria de contractació pública, en dos aspectes: l'organització i les competències dels òrgans de les administracions públiques catalanes, i les regles d'execució, modificació i extinció dels

contractes. Fàcilment s'observa la contradicció entre aquest precepte i l'article 149.1.18 CE, que defineix aquest específic títol competencial ("legislació bàsica sobre contractes i concessions administratives") com a compartit. Així i tot, entenem que el primer aspecte no presenta problemes, ja que es refereix a qüestions d'organització interna de la mateixa Administració de la Generalitat, una vegada hem aclarit que és aquesta la que resulta afectada per aquest article 113.

En canvi, la frase final sobre les "regles d'execució, modificació i extinció dels contractes de l'Administració" mereix una consideració diferent. Les qüestions afectades per aquesta frase no són de naturalesa accessòria, sinó que incideixen en el nucli dur de la contractació administrativa: aspectes tan importants com les prerrogatives de l'Administració en l'execució dels contractes (poders de direcció, inspecció i control, possibilitat de resolució com a conseqüència de la interpretació unilateral, exercici unilateral del ius variandi, entre d'altres), així com la regulació de les causes de resolució, resultarien immunes a la normativa bàsica de l'Estat, la qual cosa no és constitucionalment correcta.

Conseqüentment, l'expressió esmentada de l'article 113.3.a, in fine, és inconstitucional.

b) L'article 114.a declara la competència exclusiva de la Generalitat en matèria de "règim estatutari del personal al servei de les administracions públiques catalanes". També aquí es produeix una contradicció de naturalesa similar amb l'article 149.1.18 CE, que utilitza una expressió idèntica per definir un títol que és compartit, i per això no hauria de ser definit com a exclusiu.

No obstant això, un examen més detallat del precepte, interpretat sistemàticament en relació amb la lletra b, permet assegurar la seva constitucionalitat. En efecte, aquesta lletra b declara que la Generalitat té competència compartida "sobre l'adquisició i la pèrdua de la condició de personal al servei de les administracions públiques i sobre els seus drets i deures".

Doncs bé, sembla que amb aquesta expressió s'exclouen de la competència exclusiva de la Generalitat tots aquells aspectes que, d'acord amb la jurisprudència constitucional, han de considerar-se la part essencial de l'estatut dels funcionaris, sobre el qual necessàriament han d'operar les bases estatals. Així consta, per exemple, en la recent Sentència del Tribunal Constitucional 1/2003, de 16 de gener, que al seu torn confirmava la doctrina establerta per les Sentències 99/1987, d'11 de juny, i 37/2002, de 14 de febrer, entre d'altres, quan es deia, sobre aquesta qüestió:

"[...] debiendo entenderse comprendida en su ámbito, 'en principio, la normación relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones de promoción de la carrera administrativa y a las situaciones que en ésta puedan darse, a los derechos y deberes y responsabilidad de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración, en su caso, de cuerpos y escalas funcionariales y al modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones Públicas'" (FJ 3).

Són aquests extrems els esmentats a la lletra b de l'article 114. Certament, es troba a faltar la referència a alguns d'ells, en particular el relatiu al règim disciplinari, encara que no hi hauria d'haver problemes per considerar-ho integrat a l'expressió "deures i drets bàsics".

Així interpretat, i recordant l'excepció que anteriorment fèiem en relació amb el règim estatutari dels funcionaris de l'Administració local, l'article 114 és constitucional.

c) L'article 155 declara la competència exclusiva de la Generalitat en matèria de règim local. Aquesta qualificació ja és present a l'article 9.8 de l'Estatut vigent, encara que el mateix precepte s'encarrega de desactivar-la immediatament mitjançant la clàusula abans citada de "sens perjudici". En canvi, l'article 155 opta per una nova configuració normativa, en la qual la clàusula indicada és substituïda per l'explicitació de sis submatèries de les quals sembla excloure's totalment la competència estatal per dictar bases.

Aquesta operació planteja dubtes importants, almenys pel que fa a les lletres b ("La determinació de les competències i de les potestats pròpies dels municipis i dels altres ens locals...") i d ("La determinació dels òrgans de govern dels municipis i dels altres ens

locals...") de l'article 155.1.

En efecte, el Tribunal Constitucional s'ha manifestat en diverses ocasions sobre aquesta qüestió, deixant clar que la competència bàsica sobre el règim jurídic dels ens locals, en la mesura que resulta afectada per la protecció de la garantia institucional de la seva autonomia, inclou allò relatiu tant als aspectes organitzatius i institucionals com a les competències necessàries per fer recognizable aquesta garantia.

Així, en la coneguda Sentència 214/1989, de 21 de desembre, llegim:

"El razonamiento, en concreto, de este Tribunal es el siguiente: 'Como titulares de un derecho de autonomía constitucional garantizada, las comunidades locales no pueden ser dejadas en lo que toca a la definición de sus competencias y la configuración de sus órganos de gobierno a la interpretación que cada Comunidad Autónoma pueda hacer de ese derecho, tanto más cuanto que el mismo no va acompañado, como en otros ordenamientos sucede, de un derecho de carácter reaccional que, eventualmente, les abra una vía ante la jurisdicción constitucional frente a las normas con rango de ley'. Por todo ello, el Tribunal Constitucional deja sentado que la 'garantía constitucional es de carácter general y configuradora de un modelo de Estado, y ello conduce, como consecuencia obligada, a entender que corresponde al mismo la fijación de principios o criterios básicos en materia de organización y competencia'" (FJ 1).

Conseqüentment, els apartats b i d de l'article 155.1 són inconstitucionals. Les esmenes 282 i 283, en canvi, són constitucionals, i aquesta última deixa clar que es tracta d'una competència compartida.

## 2. Article 115 (obres hidràuliques).

Ens pertoca ara analitzar el contingut de l'article 115.5 dins de la competència d'aigües i obres hidràuliques. Aquest precepte prescriu que:

"La Generalitat és competent per a executar i regular la planificació hidrològica dels recursos hídrics i dels aprofitaments hidràulics que passin per Catalunya o que hi fineixin provinents de territoris de fora de l'àmbit estatal espanyol, d'acord amb els mecanismes que estableix el títol V".

Aquesta competència que, a tenor d'aquest precepte, és executiva, permetrà a la Generalitat, d'acord amb l'article 107 de la Proposta de Reforma, desenvolupar una capacitat normativa de caràcter reglamentari i tasques de gestió que s'emmarquen dins de les potestats d'execució sobre una matèria, justament la dels recursos hídrics i aprofitaments hidràulics que tenen la particularitat que passen per Catalunya o que hi fineixen provinents de territoris de fora de l'àmbit estatal espanyol. Aquesta dicció literal podria portar-nos a relacionar l'article 115.5, que ara dictaminem, amb l'article 149.1.22 CE, on es reserva a l'Estat la competència sobre la legislació, ordenació i concessió dels recursos i aprofitaments hidràulics si les aigües passen per més d'una comunitat autònoma. Per tant, s'ha d'entendre que els recursos i aprofitaments als quals es refereix l'article 115.5 no transcorren o afecten una altra comunitat autònoma (o més), tret de la de Catalunya i, en conseqüència, és constitucional si no afecta conques hidrogràfiques sobre les quals l'Estat és competent per legislar i realitzar les tasques executives esmentades. Ultra això, convindria aclarir la referència final del precepte als "mecanismes que estableix el títol V".

Per tant, l'article 115.5 de la Proposta de Reforma és constitucional, interpretat de la forma abans exposada.

## 3. Article 117.1.e (caixes d'estalvis).

Seguidament dediquem la nostra atenció a l'article 117.1.e, relatiu a la competència de la Generalitat en matèria de caixes d'estalvis, el qual afirma que:

"1. Correspon a la Generalitat, en matèria de caixes d'estalvis amb domicili a Catalunya, la competència exclusiva sobre la regulació de llur organització, que inclou en tot cas:

[...]  
e) La regulació d'agrupacions de caixes d'estalvis que impliqui una caixa o més d'una amb

domicili a Catalunya.”

Aquest precepte, si altres comunitats autònomes assumissin idèntiques competències, podria provocar que una mateixa agrupació de caixes estigués afectada per regulacions diverses de distintes comunitats autònomes. Per aquest motiu, atès que el punt de connexió podria ser insuficient en produir una certa inseguretats jurídica, s’ha d’entendre que la regulació de la Generalitat afecta les caixes d’estalvi amb domicili a Catalunya que es volen agrupar, com diu l’enunciat, i no les agrupacions de caixes que integren caixes domiciliades en més d’una comunitat autònoma. En aquest sentit, la Generalitat pot posar unes determinades condicions a les caixes d’estalvi catalanes que vulguin constituir una agrupació supraautonòmica, però no podrà regular l’agrupació si no és d’acord amb les altres comunitats autònomes afectades, utilitzant l’instrument de col·laboració que es consideri més apropiat. D’aquesta manera, aquesta competència d’àmbit organitzatiu ni regula certs aspectes de caixes amb domicili fora de Catalunya que pretenguin establir una agrupació amb caixes d’aquest àmbit territorial, ni pot afectar les bases de l’ordenació del crèdit, que és una funció reservada a l’Estat en virtut de l’article 149.1.11 CE.

Conseqüentment, l’article 117.1.e és constitucional interpretat de la forma suara exposada.

#### 4. Article 118.1.f (comerç i fires).

A l’apartat 1.f de l’article 118, referit a la competència per a “l’adopció de les mesures de política administrativa amb relació a la disciplina de mercat”, s’observa un error en l’ús de la paraula “política”. Cal entendre que a fi que aquest apartat del precepte tingui el significat jurídicoadministratiu que es dedueix del seu contingut material, i a l’objecte de definir l’actuació de l’Administració de la Generalitat amb relació a la disciplina de mercat, on es diu “política” hauria de dir “policia”.

#### 5. Article 125 (educació).

L’article 125 de la Proposta de Reforma tracta de la matèria “ensenyament no universitari”. Aquesta matèria es subdivideix en diferents submatèries, en relació amb les quals s’atribueix de forma diferenciada la competència funcional exclusiva (apartat primer), la compartida (apartat segon) o l’executiva (apartat tercer).

No hi ha dubte que l’ensenyament no universitari forma part, a la seva vegada, de la matèria més genèrica “educació”, tal i com indica el títol de l’article 125. Conseqüentment, per tal de determinar si aquest precepte és constitucional, haurem de fer referència als preceptes constitucionals i la doctrina del Tribunal Constitucional en matèria d’educació.

El tractament competencial de la matèria d’educació en la Constitució és singular. L’article 149.1.30 CE atribueix a l’Estat la competència per tal d’establir 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 matèria. D’aquesta forma la Constitució ha reconegut la relació entre aquesta competència material de l’Estat i el fet de tractar-se del desenvolupament d’un dret fonamental, que comporta que l’Estat posseeixi també un àmbit competencial propi en tant que els principis bàsics del dret a l’educació s’hauran de desenvolupar per llei orgànica. Però, al mateix temps, ha atribuït a l’Estat la competència per establir mitjançant normes bàsiques de caràcter finalista tot allò que sigui necessari per desenvolupar un dret fonamental i fer possible el compliment de les obligacions dels poders públics en aquesta matèria.

El Tribunal Constitucional, en la Sentència 330/1993, de 12 de novembre, Fonament Jurídic 3, ha precisat l’abast de la competència normativa estatal en els termes següents: “Al Estado le corresponde, en efecto, además de la Alta Inspección, las competencias de ordenación general del sistema educativo, fijación de las enseñanzas mínimas, regulación de las condiciones para la obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y establecimiento de normas básicas para el desarrollo del artículo 27 CE, que garantizan el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos y la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”, (ja abans, en el mateix sentit, STC 6/1982, de 22 de febrer, FJ 4).

Tal com es desprèn del text de la Sentència transcrita, en matèria d'educació correspon a l'Estat la potestat de dictar normes bàsiques en relació amb un ampli ventall de submatèries, que són les que constitueixen el nucli essencial d'aquest dret fonamental i, alhora, servei públic.

Doncs bé, dins l'apartat primer de l'article 125 –i com a competència exclusiva- s'inclouen una sèrie de submatèries que formen part d'aquest contingut essencial que forma part de la competència estatal per establir les bases, en concret les lletres a, b (llevat de “la regulació i l'execució de la programació al seu territori i també la regulació d'òrgans de participació i consulta dels sectors afectats”), c (llevat de “la creació, l'organització i el règim dels centres públics”), d (llevat de “la regulació, l'organització i l'exercici de la inspecció i l'avaluació general del sistema educatiu; la innovació i la recerca i l'experimentació educatives, i la garantia de la qualitat del sistema educatiu”), h i i.

En conseqüència, en relació amb totes les matèries compreses a les lletres que acabem d'esmentar, no és constitucionalment possible qualificar la competència de la Generalitat com a exclusiva, ja que en relació amb totes aquestes l'Estat pot establir normes de caràcter bàsic o pertanyents a la matèria reservada a llei orgànica.

Cal concloure que l'apartat primer de l'article 125 és inconstitucional llevat de les parts esmentades de les lletres b, c i d i les lletres e i f. Així mateix la lletra g és constitucional interpretada d'acord amb el que s'ha dit en relació amb l'article 114.

#### 6. Esmena núm. 228 (educació).

L'esmena 228 segueix la mateixa tècnica que l'article 125, si bé en el seu apartat primer, dins de les diverses submatèries, identifica alhora més submatèries que qualifica de competència de la Generalitat “en tot cas”.

D'acord amb el mateix criteri abans exposat, en tractar de l'article 125 entenem que no poden ser qualificades de competència exclusiva les lletres a, b, i c.

L'apartat segon de l'esmena inclou dins les competències compartides la regulació per la Generalitat de les condicions d'expedició i homologació dels títols estatals, matèries que segons l'article 149.1.30 CE corresponen a la potestat normativa estatal, de tal forma que la Generalitat només pot assumir la competència executiva.

Cal concloure que les lletres a, b i c de l'apartat primer, així com l'apartat segon, de l'esmena 228 són inconstitucionals.

#### 7. Article 129.1.a (comunicació audiovisual).

L'article 129.1.a de la Proposta de Reforma assumeix la competència exclusiva sobre la regulació de la prestació del servei públic de comunicació audiovisual de la Generalitat, i també sobre l'establiment dels principis bàsics relatius a la creació i la prestació del servei públic de comunicació audiovisual d'àmbit local, sens perjudici del principi d'autonomia local.

Les competències de la Generalitat sobre aquesta matèria (règim jurídic de premsa, ràdio i televisió i, en general, de tots els mitjans de comunicació social) són definides per l'article 149.1.27 CE com a compartides. Els apartats 1.b, 2 i 3 d'aquest article 129 respecten aquesta qualificació, per la qual cosa ens limitarem a examinar la constitucionalitat del transcrit apartat 1.a, que se'n separa.

A) L'exercici d'aquestes competències apareix, prima facie, condicionat per dos factors substancials.

a) En primer lloc, per l'afectació d'un altre títol competencial, aquesta vegada d'exclusiva titularitat estatal, que és el de les telecomunicacions. Es tracta de dues matèries diferents, ja que les activitats de radiodifusió i televisió, almenys quan es realitzen a través d'ones hertzianes, estan limitades per la necessària gestió unitària i per l'ordenació de l'espai

radioelèctric, amb la consegüent demanialització d'aquest espai. El Tribunal Constitucional, en la seva Sentència 168/1993, de 27 de maig, va establir amb precisió el criteri diferenciador entre ambdues competències:

“En definitiva, todos estos aspectos y otros de la radiodifusión conectados con las libertades y derechos fundamentales recogidos en el art. 20 CE, en los que prevalece la consideración de la radio y la televisión como medio de comunicación social mediante un fenómeno que no es sustancialmente distinto al de la prensa, encuentran un natural acomodo en el art. 149.1.27 CE a efectos de la distribución de competencias.

En cambio, aquellos aspectos claramente atinentes a la regulación de los extremos técnicos del soporte o instrumento del cual la radio y la televisión se sirven -las ondas radioeléctricas o electromagnéticas- quedan dentro de la materia radiocomunicación y, por tanto, de la competencia estatal ex art. 149.1.21 CE para ordenar el dominio público radioelétrico.” (FJ 4)

b) En segon lloc, no hem d'oblidar que la radiodifusió i la televisió són, en el nostre ordenament, serveis públics essencials. Més encara, de forma inicial la Llei 4/1980, de 10 de gener, de l'Ens Públic de la Ràdio i la Televisió, va declarar la titularitat estatal d'aquests serveis essencials, declaració que en l'àmbit de la televisió configurava de facto un autèntic monopoli. Tant és així que l'assumpció de competències per la Generalitat en aquesta matèria es va haver de configurar, d'acord amb la disposició transitòria vuitena EAC, a través de l'atorgament per l'Estat, en règim de concessió, d'un tercer canal de "titularitat estatal".

Aquesta situació, com tothom sap, ha conegut canvis importants a partir de la promulgació de la Llei 10/1988, de 3 de maig, de la televisió privada i, probablement, en coneixerà molts més en el futur, a la vista de les transformacions tecnològiques que s'estan produint. Així, la titularitat estatal del servei públic pot considerar-se superada per a totes aquelles activitats de televisió que no siguin d'àmbit general, sobretot si l'emmarquem en l'inevitable procés de migració a la tecnologia digital. Així, la Llei 41/1995, de 22 de desembre, de règim jurídic del servei de televisió local per ones terrestres, ja va reconèixer a les comunitats autònomes la competència per atorgar les concessions de televisió local, competència que s'ha ampliat posteriorment, pel que fa a la televisió digital, també per a les concessions de televisió d'àmbit autonòmic, d'acord amb la disposició addicional 44.4 de la Llei 66/1997, de 20 de desembre, de mesures fiscals, administratives i de l'ordre social.

B) És a la llum d'aquestes consideracions generals com hem d'interpretar el contingut del precepte examinat, amb l'abast següent:

a) La Generalitat disposa de plena capacitat per regular i organitzar la prestació directa del servei públic de televisió i radiodifusió a Catalunya (a això es refereix, sens dubte, l'expressió "regulació de la prestació del servei públic de comunicació audiovisual de la Generalitat"), i a aquest efecte gestiona aquest servei i l'organitza de la forma que consideri més convenient utilitzant els criteris de personificació en una o diverses corporacions que siguin adequats encara que, naturalment i tractant-se d'un mitjà públic de comunicació, amb plena subjecció al control parlamentari derivat de l'article 20.3 CE.

b) Així mateix, la Generalitat és competent per legislar, reglamentar i executar tot allò referent a la prestació d'aquest servei públic en règim indirecte, i molt particularment per atorgar les corresponents concessions d'àmbit autonòmic o local encara que, això sí, amb subjecció a les normes bàsiques dictades per l'Estat i als condicionaments tècnics derivats de la competència estatal sobre telecomunicacions (en particular el Pla Tècnic i la reserva de freqüències).

Així interpretat, l'article 129.1.a és constitucional.

## 8. Article 140.3 (ordenació i promoció de l'activitat econòmica).

L'apartat tercer de l'article 140 de nou crea una nova matèria que fins ara s'entenia que formava part de la matèria "ordenació de l'activitat econòmica general", a la qual es refereix l'article 12.1 EAC, i que per connexió amb la matèria establerta a l'article 149.1.13 CE ("bases i coordinació de la planificació general de l'activitat econòmica") es va considerar, per una reiterada jurisprudència del Tribunal Constitucional, que era una competència no exclusiva de l'Estat.

D'acord amb la normativa anterior, i la jurisprudència constitucional elaborada a partir d'aquesta normativa, el precepte seria inconstitucional. Ara bé, l'apartat tercer identifica una nova matèria diferent de la continguda en l'article 149.1.13 CE, i a la qual fa referència



l'apartat primer del mateix article 140. Aquesta matèria no es refereix a la planificació general de l'economia i, d'acord amb els apartats 1 i 2, s'entén que l'ordenació i la promoció de l'activitat econòmica haurà de respectar la planificació econòmica estatal.

Interpretat d'aquesta forma, l'apartat tercer de l'article 140 és constitucional.

9. Article 144.1 (corporacions de dret públic).

Segons l'article 144.1 de la Proposta de Reforma, la Generalitat disposa de competència exclusiva en matèria de "col·legis professionals, acadèmies, cambres agràries, cambres de comerç, d'indústria i de navegació i altres corporacions de dret públic representatives d'interessos econòmics i professionals". A continuació defineix cinc submatèries o perfils competencials sobre els quals es projecta aquesta competència. De tots aquests mereix especial atenció la lletra a sobre "regulació del model organitzatiu, de l'organització interna, del funcionament i del règim econòmic, pressupostari i comptable, i també del règim de col·legiació i adscripció, dels drets i deures de llurs membres i del règim disciplinari".

La qualificació d'exclusiva respon, certament, a consideracions similars a les que observàvem en la regulació del règim local, i també li és aplicable la coneguda frase sobre "el sentido marcadamente equívoco con el que el adjetivo 'exclusivo' se utiliza tanto en el texto de la Constitución como en el de los Estatutos de Autonomía..." (STC 37/1981, de 16 de novembre, FJ 1). En ambdós casos s'ha fet una translació d'ídèntica menció continguda a l'Estatut vigent (art. 9.22 pel que fa a corporacions econòmiques i art. 9.23 respecte a col·legis professionals). No obstant això, és sabut que el fet que l'específica matèria "corporacions de dret públic" no aparegui expressament ressenyada a l'article 149.1 CE no significa que sobre aquesta no puguin projectar-se les competències que té l'Estat sobre el conjunt de les administracions públiques. En efecte, aquestes corporacions, igual que l'Administració local, són també administracions públiques, encara que en un sentit i amb un abast molt menor. Així va quedar clar a la Sentència del Tribunal Constitucional 20/1988, de 18 de febrer:

"Ciertamente es que el carácter de Corporaciones públicas de los Colegios Profesionales no logra oscurecer la naturaleza privada de sus fines y de sus cometidos principales, por lo que, como ya se dijo en la STC 123/1987, de 15 de julio, estos entes públicos 'realizan una actividad que en gran parte es privada, aunque tengan atribuidas por la Ley o delegadas algunas funciones públicas'. Pero no es menos verdad que la dimensión pública de los entes colegiales, en cuya virtud, como antes se dijo, están configurados por la Ley bajo formas de personificación jurídico-pública que la propia representación actora no discute, les equipara sin duda a las Administraciones públicas de carácter territorial, si bien tal equiparación quede limitada a los solos aspectos organizativos y competenciales en los que se concreta y singulariza la dimensión pública de aquéllos. (...) es del todo claro que el fundamento constitucional de esta legislación básica estatal no puede encontrarse sino en el mencionado art. 149.1, 18.º, de la Constitución." (FJ 4)

Naturalment, en la mesura que ens trobem davant d'administracions públiques "impròpies", que només són equiparables a les administracions territorials en la mesura que exerceixen algunes funcions públiques, l'afectació a les bases de l'Estat només serà constitucionalment lícita en les matèries relatives a aquestes funcions, com poden ser el règim disciplinari, les facultats d'autorització i control de les activitats col·legials, la imposició o prohibició de la col·legiació obligatòria i la regulació de consells d'àmbit estatal.

Consegüentment, hem d'entendre que la qualificació d'"exclusiva" que efectua l'article 144.1 ha de ser interpretada, sobretot en relació amb la lletra a (règim de col·legiació i adscripció, drets i deures i règim disciplinari) en el mateix sentit que té a l'Estatut vigent, és a dir, que aquesta exclusivitat no impedeix, amb les cauteles inherents a l'específica naturalesa d'aquestes entitats, que puguin resultar afectades per la legislació bàsica de l'Estat ex article 149.1.18 CE.

Així interpretat, l'article 144.1 és constitucional.

10. Article 145 (cultura).

A) L'article 145 de la Proposta de Reforma, sobre la competència en l'àmbit de la cultura, estableix, en l'enunciat del seu primer apartat, que correspon a la Generalitat la competència exclusiva en aquesta matèria, llevat del que disposen els apartats 2 i 3. Aquesta competència, en tot cas, comprèn les submatèries que es relacionen detalladament des de la lletra a fins a la lletra e, ambdues incloses.

Examinarem seguidament la qualificació com a exclusiva de la competència ressenyada i després la seva aplicació amb referència concretament a les lletres a i e, de l'expressat primer apartat, úniques que a criteri d'aquest Consell poden oferir dubtes de constitucionalitat.

Seguint aquest ordre expositiu, hem d'al·ludir en primer lloc a l'article 105 de la Proposta de Reforma, segons el qual solament la Generalitat, en l'àmbit de les seves competències exclusives, pot exercir íntegrament la potestat legislativa, la potestat reglamentària i la funció executiva, en els termes previstos en relació amb la constitucionalitat de l'esmentat article.

Respecte de la pretesa exclusivitat de la competència que comentem, podria constituir un obstacle l'article 149.2 CE, que disposa:

“Sens perjudici de les competències que podran assumir les Comunitats Autònomes, l'Estat considerarà el servei de la cultura com un deure i una atribució essencial i facilitarà la comunicació cultural entre les Comunitats Autònomes d'acord amb elles.”

Ara bé, tal com va sostenir aquest Consell en el seu Dictamen núm. 100, de 29 de juliol de 1985 (F III.3), fent referència al debat constituent sobre aquest precepte:

“[...] en la mesura que l'article 149.2 CE contraposa el mot 'Estat' al terme 'Comunitats Autònomes', queda clar que el deure i l'atribució a l'Estat de serveis a la cultura s'enuncia molt significativament. Aquest servei, pel que fa a les Comunitats Autònomes, haurà de produir-se sempre sens perjudici de les competències que podran assumir i tindrà com a finalitat, obligada constitucionalment i específica, la de facilitar la comunicació cultural entre les comunitats, d'acord amb elles.”

La jurisprudència del Tribunal Constitucional ha estat sempre sensible a la tesi de la “concurrència” competencial. Així, per exemple, la Sentència del Tribunal Constitucional 11/1986, de 28 de gener, com també les Sentències 157/1985, de 15 de novembre, i 106/1987, de 25 de juny, puntualitzen que la concurrència que es pot donar basant-se en l'article 149.2 CE no ha de comportar una invasió o afectació de la competència autonòmica ni s'ha d'entendre en aquest sentit exclouent.

En conseqüència, potser seria més adequat parlar en aquest cas de competències “paral·leles” o “indistintes”, que es projecten sobre una mateixa matèria, però que per la seva naturalesa no han de portar cap a una situació d'incompatibilitat o recíproca contradicció.

D'aquesta manera, segons una opinió doctrinal molt generalitzada, tant la Generalitat com l'Estat poden exercir indistintament tota classe de funcions en la matèria de cultura sense que es tingui un criteri preferencial a favor de cap de les intervencions. Es tractaria, doncs, d'una matèria singular en la qual Estat i comunitats autònomes poden intervenir sobre un mateix objecte, com si fossin dues competències exclusives, que per la seva particularitat no s'exclouen sinó que es complementen, cosa que no pot succeir en altres casos.

Es podria sostenir, fins i tot, que l'actuació de l'Estat quant al servei de la cultura, que es planteja a la Constitució com un deure i una atribució essencial, ha de situar-se en una posició subordinada o complementària de la que correspondria a les comunitats autònomes en àmbits materials directament relacionats amb la cultura. El precepte constitucional en qüestió conté una competència genèrica tendent a la defensa complementària d'uns interessos culturals, però sense afectar negativament les competències autonòmiques. A l'empara d'aquesta norma, segons la Sentència del Tribunal Constitucional 49/1984, de 5 d'abril, l'Estat pot dur a terme una activitat de foment, dirigida essencialment a la formació d'uns valors culturals comuns al conjunt del mateix Estat. Això, a part, naturalment, de les competències que la Constitució li atribueix separadament de defensa del patrimoni cultural contra l'exportació i l'espoliació, i respecte els dipòsits de cultura de titularitat estatal (art. 149.1.28 CE).

B) Passem ara a examinar aquest mateix problema competencial, referint-nos concretament a les lletres a i e de l'expressat primer apartat de l'article que ens ocupa, que tracten,

respectivament, de les activitats artístiques i culturals i del foment de la cultura.

Limitem el nostre comentari a aquestes dues lletres perquè les altres, com ja hem dit més amunt, no resulten afectades per la doble exclusivitat o caràcter indistint a què suara hem fet referència, atès que la competència respecte d'aquestes correspon, únicament i de manera exclusiva, a la Generalitat, tota vegada que es fonamenten en altres preceptes constitucionals.

En relació amb el que venim dient, l'existència de competències específiques limita la projecció de l'article 149.2 CE, com vam sostenir en el nostre Dictamen núm. 188, de 13 de juliol de 1993 (F III.3), on dèiem:

“Aquesta línia argumental és, a més, la que respon millor a la sistemàtica global de l'article 149.2 CE i dels preceptes estatutaris que hi tenen una relació directa. L'existència en l'apartat 1 de l'article 149 CE de competències concretes en diferents àmbits culturals (museus, biblioteques, arxius i conservatoris, patrimoni cultural o propietat intel·lectual), amb els seus propis criteris de distribució que sovint es basen en la compartició vertical o horitzontal, sembla difícil de compatibilitzar amb un altre títol com seria el de l'article 149.2 CE que, al mateix temps, les subsumís totes. Si, en virtut d'una competència normativa genèrica ex artículo 149.2 CE, s'entén que l'Estat resta ja habilitat per a intervenir en qualsevol subsector cultural, cal preguntar-se quin sentit tenen aquelles competències específiques que, a més, s'ordenen amb uns criteris diferents de la noció de concurrència.”

Feta aquesta argumentació, que legitima la nostra limitació a l'examen de la constitucionalitat de les lletres a i e del primer apartat de l'article 145 de la Proposta de Reforma, comencem el comentari de la primera.

C) L'article 145.1.a, sobre activitats artístiques i culturals, constitueix el típic sector de projecció de la competència sobre cultura, en relació amb la qual es concreten una sèrie de submatèries precises.

Pel que fa al subsector del llibre i les publicacions periòdiques, no trobem cap argument que s'oposi a l'assumpció per la Generalitat de les competències normatives i executives recollides en la disposició que examinem.

Respecte a la regulació i la inspecció de les sales de cinema, tampoc es troba cap límit constitucional que s'oposi a l'atribució d'aquesta competència a la Generalitat. Quant a les mesures de protecció i concessió de llicències de doblatge, l'assumpció de la competència per la Generalitat no exclou una actuació de foment de l'Estat en allò que es consideri supraautonòmic i l'activitat de control és purament executiva.

També és clarament executiva i assumible de forma completa per la Generalitat la qualificació de pel·lícules i materials audiovisuals, ja sigui en funció de l'edat o d'altres valors culturals.

La remissió a l'apartat 3 del mateix article 145 preserva l'atribució a la Generalitat de la competència sobre les infraestructures culturals situades a Catalunya, alhora que es remet al procediment allà previst per tal d'assegurar la col·laboració i l'acord entre la Generalitat i l'Estat.

El darrer i cinquè punt, relatiu a l'establiment de mesures fiscals d'incentivació de les activitats culturals en els tributs sobre els quals la Generalitat tingui competències normatives, s'enquadra sense dificultat en el marge d'autonomia financera que correspon a la Generalitat.

D) A l'últim, passem a examinar la lletra e del primer apartat de l'article 145 que estem comentant, relativa al foment de la cultura.

El detall d'aquesta activitat de foment a les produccions i creacions teatrals, musicals i audiovisuals, literàries, de dansa, circ i arts combinades no altera lògicament la competència de la Generalitat respecte de cada una d'elles, sempre que siguin dutes a terme a Catalunya, com diu el precepte.

El mateix hem de dir respecte de la promoció i la difusió del patrimoni cultural, artístic i monumental català i dels centres de dipòsit cultural radicats a Catalunya.

Comentari a part, i també final, mereix la competència sobre la projecció internacional de la cultura catalana que s'inscriu dins de l'acció genèrica de rellevància exterior que, d'acord amb l'article 188 de la Proposta de Reforma, ha de dur a terme la Generalitat per impulsar la projecció de Catalunya en l'expressat àmbit, que no exclou l'acompliment per l'Estat d'activitats relacionades amb aquesta mateixa projecció, dintre dels límits que estableix el tercer apartat d'aquest mateix article 145.

Per concloure aquesta anàlisi de l'article 145, hem d'afirmar que l'apartat primer de l'article 145 de la Proposta de Reforma és constitucional si s'interpreta en el sentit exposat, que no exclou les competències exclusives de l'Estat en matèria de cultura.

#### 11. Article 146 (esport i lleure).

L'estudi de la constitucionalitat del precepte es limita a dos punts que, segons el parer del Consell, podrien oferir algun dubte respecte del seu encaix constitucional. Es tracta, en concret, de l'apartat 1, lletra j, i l'apartat 4, ambdós de l'article 146.

A) L'article 9.29 EAC regula la competència exclusiva de la Generalitat sobre esport i lleure. La Generalitat de Catalunya recull, per tant, el mandat constitucional de l'article 43.3 CE, segons el qual els poders públics fomentaran l'educació sanitària, l'educació física i l'esport i, a la vegada, facilitaran la utilització adequada del lleure.

Certament, el Tribunal Constitucional, a la Sentència 16/1996, d'1 de febrer, va incidir en la delimitació competencial del tema que ens ocupa, arran del recurs d'inconstitucionalitat instat pel Consell Executiu de la Generalitat de Catalunya contra alguns preceptes de la Llei 4/1990, de 29 de juny, de pressupostos generals de l'Estat per al 1990. En aquesta Sentència, el Tribunal va conferir a l'Estat un cert àmbit competencial sobre l'esport, per connexió amb les matèries d'educació i cultura. En el Fonament Jurídic II de l'esmentada Sentència es posen en relleu les competències específiques que la Llei 10/1990, de 15 d'octubre, de l'esport, atribueix a l'Estat pel que fa a la coordinació de les comunitats autònomes en relació amb l'activitat esportiva en general i, específicament, pel que fa al recolzament de l'esport d'alt nivell.

Per això, una part de la doctrina parla en aquest àmbit competencial d'una "exclusivitat relativa" o, fins i tot, d'una "competència compartida" o bé "concurrent", per part de les comunitats autònomes, sobre la qual poden incidir títols competencials de l'Estat relatius a l'educació, la investigació, la sanitat, la legislació mercantil o, fins i tot, la seguretat pública. Cal recordar que l'Estat regula les federacions espanyoles, les seleccions estatals, l'esport professional, les retransmissions esportives i altres àmbits en relació, per exemple, amb el dopatge i la violència en l'esport. Tanmateix, cal concloure que els aspectes indicats no constitueixen el gruix de l'activitat esportiva considerada globalment i, per tant, no obsten al caràcter exclusiu competencial conferit a les comunitats autònomes. L'atribució competencial autonòmica no seria, doncs, incompatible amb les funcions estatals adreçades a l'ordenació general de l'esport en els àmbits estatal i internacional.

Fetes aquestes consideracions prèvies, analitzarem els dos incisos de l'article 146 que hem anunciat.

#### B) Article 146.1, lletra j.

L'article 146.1 confereix a la Generalitat la competència exclusiva en matèria d'esport, indicant que inclou en tot cas:

"j) El control i el seguiment medicoesportiu i de salut dels practicants de l'activitat física i esportiva, i també la regulació del dopatge en l'àmbit de l'esport i de l'activitat física".

L'al·lusió al terme “dopatge”, connectat de forma evident amb la salut pública, podria col·lidir amb l'article 149.1.16 CE, que atribueix a l'Estat la competència exclusiva sobre la sanitat exterior, bases i coordinació general de la sanitat i legislació sobre productes farmacèutics.

De fet, la jurisprudència constitucional configura les “bases” al·ludides com a “competències normatives” que persegueixen una regulació uniforme i de vigència en tot el territori de l'Estat (STC 1/1982, de 28 de gener). Ara bé, a la Sentència del Tribunal Constitucional 32/1983, de 28 d'abril, s'especifica que la inspecció i el control de la distribució d'estupefaents constitueix una actuació ordinària que de cap de les maneres incideix en el sistema normatiu, i que es concreta en una sèrie de mesures d'execució estrictament reglamentades i dirigides a fer efectiva l'aplicació de la legislació estatal en matèria de productes farmacèutics.

Es fa necessari recordar aquí que el marc legal estatal en la lluita contra el dopatge es regula a la Llei 10/1990, de 15 d'octubre, de l'esport, als seus articles 56, 57, 58 i concordants pel que fa al control de les substàncies i mètodes prohibits a l'esport, tot assignant al Consell Superior de l'Esport les facultats per establir el llistat de les substàncies i fàrmacs prohibits. L'àmbit estatal d'aplicació de l'esmentada Llei coincideix amb el mateix abast territorial que es disposa a la Llei 14/1986, de 25 d'abril, general de sanitat.

Cal recordar, així mateix, l'atribució de la lluita contra el dopatge a l'anomenada “Comissió Nacional Antidopatge” (Reial decret 1313/1997, d'1 d'agost, modificat pel Reial decret 255/2004, de 13 de febrer, que regulen la seva composició i funcions). Així, tota la normativa estatal es projecta sobre els esportistes amb llicència per tal de participar en competicions oficials d'àmbit estatal, i es confereix a les comunitats autònomes la funció de col·laborar amb les mesures de prevenció, control i repressió d'aquestes pràctiques prohibides (art. 56.2 de la Llei de l'esport), integrant-les a la Comissió Nacional Antidopatge (art. 57.1 de la Llei de l'esport).

Sens perjudici del que s'ha exposat, les comunitats autònomes -que han creat les seves pròpies comissions antidopatge- en el marc de la prevenció global contra aquestes pràctiques prohibides, tenen habilitació competencial per regular la matèria en les competicions que se celebren en el seu àmbit territorial.

Per tant, no ofereix dubtes d'encaix constitucional la Proposta de Reforma quan atribueix la competència de la lluita contra el dopatge a la Generalitat de Catalunya, atès el context de l'article 146, del qual es desprèn que l'esmentada competència es projecta en el marc de les competicions d'alt nivell o professional o de qualsevol altra pràctica esportiva, en l'àmbit de l'esport i l'activitat física que s'organitzi a Catalunya. En funció d'aquesta habilitació competencial, la Generalitat de Catalunya pot establir la reglamentació específica en la prevenció contra el dopatge, regulant, a títol d'exemple, un règim sancionador singular o els requisits específics que han de complir els laboratoris de control, o els mateixos mecanismes per portar a terme els controls ad hoc.

En funció de tot el que s'ha exposat, la lletra j de l'apartat 1 de l'article 146 és constitucional.

C) Article 146, apartat 4.

Aquest precepte de la Proposta de Reforma indica que:

“Correspon a la Generalitat la competència exclusiva en matèria de lleure, que inclou, en tot cas, el foment i la regulació de les activitats que s'acompleixin a Catalunya i el règim jurídic de les entitats, públiques o privades, que tinguin per finalitat l'acompliment de finalitats de lleure”.

Una interpretació radicalment literal de l'últim incís d'aquest precepte —en la mesura que es fa referència al règim jurídic de les entitats privades— podria oferir dubtes respecte a una eventual col·lisió amb l'article 149.1.6 CE, que atribueix a l'Estat la competència exclusiva sobre legislació mercantil.

Ara bé, el primer incís de l'article 149.1.6 CE requereix delimitar l'àmbit de la “competència

sobre legislació mercantil". Sens dubte, la menció inclou la regulació de les relacions jurídiques privades d'empresaris i comerciants. Regula, per tant, la forma com neixen i s'extingeixen els drets i les obligacions que comporta l'exercici de l'esmentada activitat mercantil (per totes, les STC 37/1981, de 16 de novembre; 88/1986, d'1 de juliol, i 133/1997, de 16 de juliol). L'expressada jurisprudència reafirma la reserva a l'Estat de la legislació mercantil, però la projecta només a la fixació de les relacions inter privatos, és a dir, essencialment l'establiment de les condicions generals de contractació, les modalitats de contractes, la delimitació del seu contingut típic i, en definitiva, els drets i les obligacions en el marc de les relacions contractuals privades.

En canvi, la intervenció dels poders públics en aquestes activitats –mitjançant serveis de vigilància, inspecció i altres– es projecta en l'àmbit de les matèries de comerç, defensa dels consumidors, assegurances o cooperatives.

El Tribunal Constitucional (STC 88/1986, d'1 de juliol) distingeix, així mateix, entre la competència sobre la legislació mercantil i la relativa a l'ordenació dels mercats i llocs de contractació. Per tant, l'activitat dels ens públics i privats no s'inclou dins dels paràmetres del concepte de la "legislació mercantil" reservada a la competència estatal.

En funció de les consideracions fins aquí exposades, la menció "règim jurídic de les entitats" inclosa en l'apartat 4 de l'article 146 que estem analitzant no col·lideix amb la competència estatal de l'article 149.1.6 CE i, per tant, el precepte és constitucional.

## 12. Article 147 (immigració).

L'article 147 de la Proposta de Reforma regula les competències de la Generalitat sobre immigració, la qual cosa a primera vista pot semblar insòlita, tractant-se d'una matèria que, sense cap mena de dubte ni de limitacions, ha estat atribuïda de forma exclusiva a l'Estat per l'article 149.1.2 CE. En efecte, les expressions allà utilitzades (nacionalitat, immigració, estrangeria i dret d'asil) s'incardinen en el que podríem qualificar com a nucli dur i indisponible de les funcions de l'Estat com a subjecte del dret internacional, de tal forma que fins i tot en els estats federals apareixen reservades al poder central, com s'observa clarament a les Constitucions alemanya (art. 73.3), austríaca (art. 10.3) i suïssa (art. 121.1), per citar només exemples europeus. Hem d'examinar, doncs, amb atenció aquestes qüestions, recordant que, per la novetat que presenta la seva incorporació a l'Estatut, no s'observen precedents de conflictivitat competencial sobre aquestes, per la qual cosa la doctrina jurisprudencial directament aplicable és escassa.

D'entrada hem de diferenciar, dins de l'esmentat article 149.1.2 CE, els diferents títols competencials que integra, i el seu abast respectiu. En aquest sentit sembla clar que el títol immigració no s'ha de confondre amb el d'estrangeria. Aquest últim es refereix a l'estatut jurídic de què gaudeixen els estrangers a Espanya, als seus drets, llibertats i obligacions i a les diverses situacions que poden derivar-se de la seva presència a Espanya, mentre que amb l'expressió immigració el constituent sembla referir-se a les actuacions dels poders públics destinades a regular l'entrada de persones que desitgen romandre en el territori de l'Estat de forma temporal o permanent.

A) Fàcilment s'observa que les matèries a què es refereix l'apartat 1 de l'article 147 de la Proposta de Reforma no s'incardinen dins de la conceptualització que acabem de realitzar. Totes les competències esmentades en les quatre lletres que integra s'han d'entendre en el context de la frase "acolliment i integració de les persones immigrades", inclosa l'única que podria presentar alguns dubtes, que és la relativa als drets i deures de les persones immigrades de la lletra a. Es tracta, doncs, de funcions que s'integren sense cap mena de dubte en la competència autonòmica sobre assistència social, per la qual cosa no plantegen el més mínim problema de constitucionalitat.

B) L'apartat 2 de l'article 147 atribueix a la Generalitat la competència per executar la legislació estatal i europea en matèria de treball dels estrangers, precisant a continuació que amb aquesta expressió es refereix a la tramitació i la concessió dels permisos de treball per compte propi i aliè que puguin exigir-se a aquestes persones, així com a d'altres funcions connexes. Sembla clar que si es reclama aquesta nova competència és perquè es considera integrable dins del títol "treball i relacions laborals", deduïble a contrari del contingut de l'article 149.1.7 CE.

Hem de reconèixer que es tracta d'una operació de dubtosa constitucionalitat. Certament apareixen dos títols en conflicte, però essent el d'immigració més específic i concret que el de

treball caldria atorgar-li prevalença; a més, el permís de treball només s'exigeix per als estrangers immigrants, sovint és una condició per a la concessió del permís de residència i, conseqüentment, és regulat a la legislació sobre estrangeria i no a la legislació laboral.

Malgrat això, també es poden aportar arguments que justifiquen l'opció contrària. Sobretot si ens basem en la finalitat buscada pels poders públics amb les actuacions referides, que fonamentalment van destinades a garantir que la incorporació al mercat de treball de persones vingudes de l'exterior no solament no provoqui efectes perjudicials sinó que pugui actuar com un instrument per a la realització de polítiques de plena ocupació i de promoció del progrés social i econòmic, com demana l'article 40 CE. El que es pretén amb aquests permisos és fonamentalment regular el mercat de treball i no el règim d'estrangeria. Així es deriva, entenem, d'algunes de les previsions contingudes a la Llei orgànica 4/2000, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya, l'última modificació de la qual es va produir per la Llei orgànica 14/2003, de 20 de novembre, i que ara passem a examinar:

a) L'autorització per treballar per compte propi o aliè només és necessària quan l'estranger es proposa realitzar una activitat lucrativa laboral o professional (art. 36), és a dir, quan la seva estada incideix sobre el mercat laboral; en canvi, si disposa de mitjans de vida suficients per atendre les seves despeses de manutenció o estada, o si aquesta estada es produeix com a conseqüència d'un procés de reagrupament familiar, pot obtenir directament l'autorització de residència permanent sense més requisits. No està, doncs, lligada de forma prevalent al fet migratori.

b) Per a la concessió inicial de l'autorització de treball s'ha de tenir en compte "la situació nacional d'ocupació" (art. 38.1). A aquests efectes el Servei públic d'ocupació estatal ha d'elaborar amb periodicitat trimestral un catàleg d'"ocupacions de difícil cobertura" per províncies (art. 50 del Reial decret 2393/2004, de 30 de desembre, que va aprovar el Reglament general de l'esmentada Llei orgànica).

c) Les autoritzacions de treball poden atorgar-se "per a un determinat territori, sector o activitat" (art. 38.2), la qual cosa reforça la seva naturalesa d'instrument propi de les polítiques d'ocupació.

d) Finalment, la Llei mateixa incorpora un catàleg d'activitats que poden ser exercides pels estrangers sense necessitat d'autorització de treball. Totes es caracteritzen, precisament, pel limitat impacte que poden produir sobre el mercat laboral: tècnics i investigadors contractats per les Administracions públiques, activitats de docència i investigació a les universitats, personal d'institucions culturals i docents dependents d'Estats estrangers, etc.

En vista de tot això, entenem que la integració d'aquestes funcions dins del títol "treball i relacions laborals" no és a priori descartable, sobretot tenint en compte que es tracta d'una competència purament administrativa, en la qual la Generalitat es limita a la tramitació dels expedients corresponents en aplicació no només de la Llei orgànica sinó també de la normativa reglamentària estatal, que podrà definir el seu abast i limitar-la, per exemple, a autoritzacions atorgades exclusivament per al territori de Catalunya.

Així interpretat, l'apartat 2 de l'article 147 és constitucional.

C) Distinta conclusió hem d'assolir pel que fa referència a l'apartat 3, que presenta dubtes de molta menor entitat.

L'encapçalament del precepte sembla referir-lo a les decisions que s'han d'adoptar en el marc de les relacions bilaterals ("en el marc de la Comissió Bilateral Generalitat-Estat"), la qual cosa ja indica que ens trobem davant de funcions que no corresponen a la competència pròpia de la Generalitat, sinó davant de competències estatals que, per afectar l'autonomia de Catalunya, requereixen la participació i la col·laboració de la Generalitat en el seu exercici.

a) En efecte, la determinació dels contingents de persones immigrants que s'hagin de traslladar al territori de l'Estat, amb especificació el seu país d'origen (lletra a), encara que també resulti pels seus objectius una activitat relacionada amb el mercat de treball, presenta unes característiques que, sense cap dubte, la ubiquen en el títol "immigració". Es tracta de funcions que exigeixen la negociació internacional amb els estats afectats, així com la intervenció del servei exterior per a l'expedició dels corresponents visats de recerca d'ocupació, uns visats específics que només autoritzen els seus titulars a entrar a Espanya per un període de temps limitat a fi d'obtenir un treball.

b) El mateix cal dir respecte la lletra b d'aquest apartat 3, que explícitament es refereix a immigració, estrangeria i acords internacionals, encara que el problema que ens presenta és d'una altra naturalesa, per tal com se'ns escapa el sentit que s'hagi de donar a l'expressió "fixació de les decisions estatals sobre immigració".

Doncs bé, cap problema ens plantejaria aquest precepte si les funcions esmentades s'articulessin realment en el marc de la relació bilateral. La participació de la Generalitat en la presa d'aquestes decisions és constitucionalment necessària si es volen respectar plenament les seves competències en matèria de treball i relacions laborals i, de fet, l'article 39 de la Llei orgànica ja preveu aquesta intervenció en el Consell superior de política d'immigració, en el qual s'integren les propostes prèvies a la determinació del contingent, encara que tot sembla indicar que aquest procediment no és operatiu i s'hauria de reforçar.

Doncs bé, el que succeeix és que aquest apartat 3, malgrat la redacció de l'encapçalament ("en el marc de la Comissió Bilateral Generalitat-Estat") no estableix un sistema de cooperació bilateral, sinó, en canvi, una decisió unilateral de la Generalitat. I això és així perquè la frase indicada no va acompanyada de cap criteri que aclareixi com juga aquest marc (per exemple, "previ acord de" o "previ informe i deliberació"); en canvi el que sí que queda clar és que la competència "correspon a la Generalitat", raó per la qual l'expressió abans al·ludida de l'encapçalament s'ha d'entendre com purament retòrica i sense contingut determinat.

Conseqüentment, l'apartat 3 de l'article 147 és inconstitucional.

### 13. Article 152 (promoció i defensa de la competència).

L'article 152 regula les competències de la Generalitat sobre la defensa de la competència distingint dues submatèries: "promoció de la competència" (qualificada com a exclusiva) i "defensa de la competència" pròpiament dita, que declara de caràcter compartit.

Aquesta és una matèria no expressament citada a l'article 149.1 CE, encara que la majoria dels estatuts, seguint la línia inaugurada pel nostre, van assumir la competència d'execució de la legislació de l'Estat per considerar-la integrada dins del títol "comerç interior". No obstant això, el Tribunal Constitucional va afirmar que "la competencia del Estado en este campo 'no dimana exclusivamente de la atribución estatutaria', sino que [...] con base en el título competencial del art. 149.1.13 CE al Estado le corresponde no sólo la normación, sino todas las actividades ejecutivas que determinen la configuración real del mercado único de ámbito nacional" (STC 124/2003, de 19 de juny, FJ 4).

Així mateix, el Tribunal Constitucional, mitjançant la Sentència 208/1999, d'11 de novembre, va anul·lar alguns preceptes de la Llei de l'Estat 16/1989, de 17 de juliol, de defensa de la competència, que atribuïen a l'Estat totes les funcions d'inspecció i sanció de les pràctiques que alteressin o falsegessin la lliure competència "en tot o en part del mercat nacional", bé mitjançant acords o pràctiques col·lusòries de les empreses, bé mitjançant l'abús de la posició de domini que una empresa disposava sobre un determinat mercat. Aquesta exclusivitat impedia l'exercici de les competències executives atribuïdes a les comunitats autònomes, per la qual cosa l'expressió "en part del mercat nacional" es va reputar inconstitucional.

A) L'apartat 1 atribueix a la Generalitat la competència exclusiva per a la promoció de la competència en les activitats econòmiques que s'exerceixin principalment a Catalunya.

No és fàcil determinar l'abast exacte d'aquest nou perfil competencial però, probablement, es refereix a qüestions diferents de les funcions que habitualment han estat considerades com a part integrant de la matèria "defensa de la competència". Segons la nostra opinió, l'expressió "promoció" s'ha d'interpretar com a referida a activitats no estrictament normatives, ja que no contenen els mandats, les prohibicions o les permissións pròpies de tota norma jurídica, sinó que formen part d'aquest conjunt de tasques, cada vegada més habituals en l'Estat modern, que no impliquen l'exercici de potestats. Des d'aquest punt de vista, no hi ha cap mena de dubte sobre la capacitat de la Generalitat per realitzar activitats de promoció, com poden ser impulsar campanyes, publicar recomanacions, elaborar estudis, plans i programes, promoure acords entre els operadors econòmics o, en fi, qualsevol altre tipus d'actuacions similars. El que sí ha de quedar clar és que l'exercici d'aquesta competència no pot entendre's de tal manera que impedeixi a l'Estat la realització de les que li són pròpies: la lliure competència és una condició imprescindible per a l'adequat funcionament de l'economia de mercat, i la seva promoció no solament correspon a tots els poders públics, sinó també als diferents operadors econòmics, així com als sindicats de treballadors i a les associacions empresarials.



En canvi, la concessió de subvencions i ajuts públics, independentment del fet que sovint aquests més aviat falsegen la competència que no pas la promouen, no encaixa dins del concepte de promoció a què ens referíem anteriorment, per la qual cosa no formen part de la competència al·ludida.

Així interpretat, l'apartat 1 de l'article 152 és constitucional.

B) L'apartat 2 sí que afecta plenament a la matèria "defensa de la competència", i mereix algunes consideracions.

a) El punt de connexió utilitzat per determinar els casos en els quals serà competent la Generalitat ("activitats econòmiques que s'acompleixin majoritàriament a Catalunya") no és constitucionalment adequat. El criteri que ha d'utilitzar-se per determinar la intervenció de l'Estat o de la Generalitat en aquesta matèria ha de ser, necessàriament, el del mercat que pateix els efectes nocius d'alteració o falsejament de la lliure competència, i no el del lloc on les empreses que en són responsables exerceixen "majoritàriament" les seves activitats. Conseqüentment, la Generalitat haurà d'actuar quan les pràctiques col·lusòries o l'abús de la posició dominant alterin o puguin alterar la lliure competència del mercat en el territori de Catalunya i, això, independentment del lloc on aquestes empreses tinguin el seu domicili social o realitzin majoritàriament les seves activitats. Hipotèticament cabria la possibilitat, doncs, de pràctiques col·lusòries acordades per empreses que no realitzen majoritàriament les seves activitats a Catalunya i que, tanmateix, hauran de ser inspeccionades i, en el seu cas, sancionades per la Generalitat per afectar de forma principal el mercat a Catalunya. En canvi, l'Estat serà competent quan les pràctiques anticoncurrencials alterin o falsegin la lliure competència en el conjunt del mercat espanyol o produeixin aquests efectes en un àmbit clarament supraautonòmic.

Aquesta és, segons el nostre parer, la formulació correcta que s'ha de donar a aquests punts de connexió, i així es desprèn tant de la doctrina establerta per la Sentència 208/1999, abans citada, com dels criteris utilitzats en el dret comunitari per delimitar les competències de la Comissió i de les autoritats nacionals a l'hora de protegir la lliure competència.

Conseqüentment, l'expressió "activitats econòmiques que s'acompleixin majoritàriament", de l'apartat 2 de l'article 152, és inconstitucional, i també ho és la mateixa locució a les esmenes 276 i 278.

Això no obstant, aquest problema es pot resoldre mitjançant la determinació d'un punt de connexió que tingui en compte els criteris abans expressats. En canvi, l'expressió similar ("principalment") que s'utilitza a l'apartat 4 no requereix especial declaració d'inconstitucionalitat, ja que és evident que l'actuació del Tribunal Català de Defensa de la Competència està limitada a l'àmbit definit per l'apartat 2, i així s'ha d'interpretar.

b) Pel que fa al fons de la regulació, el canvi més important consisteix en la qualificació com a compartida d'una competència que actualment només és executiva. És, aquesta, una opció discutible que podria contradir la doctrina elaborada pel Tribunal Constitucional i que, a més, presentarà problemes d'aplicació en un àmbit en el qual el principi de la unitat de mercat potser requereixi una política comuna, com ho demostra el detallisme i precisió dels diversos reglaments aprovats per la Unió Europea per regular l'exercici de les seves competències en aquesta matèria.

No obstant això, en la mesura que l'únic títol competencial de què disposa l'Estat per intervenir-hi és el previst a l'article 149.1.13 CE, la qualificació de competència compartida, que també utilitzen les esmenes 276 i 278, així com el vot particular 277, és constitucional.

14. Article 156 (relacions amb les entitats religioses).

A l'apartat 2.a d'aquest article s'estableix:

“2. Correspon a la Generalitat la competència compartida en matèria de llibertat religiosa. La Generalitat exerceix aquesta competència respectant el desenvolupament directe dels elements essencials del dret. Aquesta competència inclou en tot cas:

a) La gestió del registre d'entitats religioses amb relació a les esglésies, les confessions i les comunitats religioses que aconsegueixen llur activitat a Catalunya. La Generalitat ha de comunicar a l'Estat les inscripcions efectuades en el registre situat a Catalunya perquè siguin incorporades al registre estatal, hi ha de col·laborar i ha de facilitar el bescanvi d'informació.”

A l'apartat 1 del mateix article s'estableix que és competència exclusiva de la Generalitat en aquesta matèria la regulació de l'establiment de mecanismes de col·laboració i cooperació per a l'acompliment de les activitats de les entitats religioses. Del contingut d'aquest precepte no hi ha dubte que la Generalitat, en l'exercici de les seves competències, pot crear un registre. Ara bé, aquest registre ha de tenir un caràcter censal, en el marc de les relacions de col·laboració amb l'Estat en aquesta matèria. L'únic registre amb caràcter constitutiu ha de ser el registre estatal, que d'aquesta manera ha de permetre atribuir la condició d'entitat religiosa a les confessions amb què l'Estat pot establir relacions de cooperació, en els termes que respecte d'aquesta qüestió estableix l'article 16.3 CE.

Per tant, l'article 156.2.a és constitucional sempre que s'interpreti que el registre estatal d'entitats religioses és l'únic que té caràcter constitutiu, als efectes previstos a l'article 16.3 CE.

15. Article 157 (sanitat, salut pública, ordenació farmacèutica i productes farmacèutics).

Ens pertoca ara analitzar el contingut de l'article 157 de la Proposta de Reforma, dedicat a la competència de la Generalitat sobre sanitat, salut pública, ordenació farmacèutica i productes farmacèutics, concretament els apartats primer, lletra b, segon i tercer (que figura al text lliurat de la Proposta com si fos novament un segon per error de transcripció). L'apartat quart (numerat també equivocadament com a tercer), per la seva part, serà examinat en el Fonament IX d'aquest dictamen, dedicat a les relacions bilaterals.

La Constitució, en l'article 149.1.16, relatiu a temes relacionats amb la sanitat i els productes farmacèutics, reserva a l'Estat, amb caràcter exclusiu, la sanitat exterior; igualment restringeix a l'àmbit estatal les bases i la coordinació general de la sanitat; mentre que pel que fa als productes farmacèutics es reserva únicament la legislació. D'aquesta manera, als efectes del nostre estudi, exclosa la sanitat exterior, estem davant de dues competències compartides: una de bases-desenvolupament legislatiu (sanitat) i l'altra de legislació-execució (productes farmacèutics), una reconduïble a l'article 106 i l'altra, al 107 de la Proposta de Reforma.

A) L'article 157.1 de la Proposta de Reforma es refereix a la competència exclusiva de la Generalitat en matèria de sanitat i salut pública i, concretament, la lletra b es refereix a l'ordenació farmacèutica. Aquest àmbit competencial és un títol diferent dels citats, ja que no fa referència als “productes farmacèutics”, sinó a “ordenació farmacèutica”, ni tampoc es pot inscriure en “sanitat”, que fa referència al conjunt de serveis i d'establiments per preservar la salut pública. En conseqüència, estem davant d'un títol nou, emparable sota l'article 149.3 CE i que l'Estatut d'autonomia pot assumir com a competència pròpia i, fins i tot, com a competència exclusiva de la Generalitat, com és el cas. En aquest sentit, l'article 9.19 EAC ja va assumir aquesta competència, tot relacionant-la amb l'article 149.1.16 CE, sense que fos preceptiu. La competència prevista a la Proposta de Reforma fa referència, doncs, a l'ordenació dels establiments farmacèutics i no als articles que aquests dispensen. En paraules del Tribunal Constitucional, l'ordenació farmacèutica s'entén referida a l'ordenació dels establiments de venda al públic de productes farmacèutics (STC 32/1983, de 28 d'abril), de manera que la competència de la Generalitat es podrà relacionar, entre d'altres, amb la planificació i l'autorització de les oficines de farmàcia, però no amb els productes que s'hi comercialitzen. De fet, la competència sobre medicaments i altres productes farmacèutics es preveu congruentment com a competència executiva a l'apartat 5 de l'article 157 de la Proposta de Reforma (numerat erròniament com a quart). No obstant això, el Tribunal Constitucional, en la Sentència 152/2003, de 17 de juliol, configurava les oficines de farmàcia com a establiments sanitaris sobre la base del que estableix la Llei general de sanitat, la qual no pot contradir els preceptes estatutaris que, amb la nova formulació de la Proposta,

sostreuen l'ordenació farmacèutica de les bases estatals en modificar l'article 9.19 EAC esmentat.

En conseqüència, l'article 157.1.b de la Proposta de Reforma és constitucional.

B) L'article 157.2 de la Proposta de Reforma afirma que:

“Correspon a la Generalitat, en tot allò relatiu a la sanitat i la salut pública a què no fa referència l'apartat 1, la competència compartida, d'acord amb els principis de la legislació bàsica estatal sobre sanitat, en els àmbits següents: [...]”.

En aquest precepte es preveu, com hem avançat, una competència compartida que, de forma general, està prevista a l'article 106 de la Proposta de Reforma, el qual diu que, en les matèries que l'Estatut atribueix a la Generalitat de forma compartida amb l'Estat, correspon 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 aquest cas, però, l'Estat, d'acord amb l'esmentat article 149.1.16 CE, disposa de la competència sobre “les bases i la coordinació general de la sanitat”, que sembla més ampli que “d'acord amb els principis de la legislació bàsica estatal sobre sanitat”, que és la fórmula que utilitza l'article 157.2 de la Proposta de Reforma, per la qual cosa entenem que aquest precepte és inconstitucional si no diu “d'acord amb les bases i la coordinació general de la sanitat”, ja que els principis es refereixen exclusivament a les bases, sense abastar la competència estatal de coordinació, que podria efectuar-se a través dels “objectius i d'estàndards mínims”, com diu l'article 106 precitat de la Proposta de Reforma. En aquest sentit, la jurisprudència constitucional ha entès que la coordinació, encara que constitueix un “reforçament o complement” de la noció de bases, és una competència diferent de la fixació de les bases, de manera que l'Estat ha de poder fixar uns objectius comuns que assegurin “la integració d'actes parcials en la globalitat del sistema sanitari” (STC 32/1983, de 28 d'abril, FJ 2), per la qual cosa la doctrina proposa l'arbitri de mecanismes de participació, com podria ser la previsió de l'article 157.4 (numerat com a 3) de la Proposta de Reforma, que s'analitzarà més endavant amb d'altres previsions relatives a la bilateralitat aplicades a les competències.

En conseqüència, l'article 157.2 de la Proposta de Reforma és inconstitucional, si no inclou el que s'ha esmentat en aquest dictamen.

C) L'article 157.3 de la Proposta de Reforma prescriu que:

“3. 2. Correspon a la Generalitat la competència exclusiva sobre el règim estatutari i la formació del personal que presta serveis en el sistema sanitari públic, llevat de la determinació dels seus drets i deures, en els termes del que estableix l'article 114. Amb relació als drets i deures, correspon a la Generalitat la competència compartida d'acord amb els principis de la legislació bàsica estatal sobre funció pública.”

Aquest article de caràcter competencial fa referència a l'estatut del personal sanitari i s'ha d'interpretar en consonància amb l'article 114 de la Proposta de Reforma, que també permet assumir competències en l'àmbit general del règim estatutari del personal al servei de les administracions públiques catalanes i sobre la seva formació. Aquest article esmentat ha estat objecte de comentari anteriorment i cal precisar que la remissió de l'article 157.3 de la Proposta de Reforma, tot i que fa referència a l'article 114, no és del tot correcta, ja que estableix la competència exclusiva només amb l'excepció “de la determinació dels seus drets i deures”, mentre que l'article 114 de la Proposta de Reforma inclou com a competència compartida, a més dels drets i deures bàsics, “l'adquisició i la pèrdua de la condició de personal al servei de les administracions públiques” (art. 114.b), per la qual cosa, la referència a l'article 114 ha d'interpretar-se tot ampliant la limitació que preveu explícitament l'article 157.3 de la Proposta de Reforma, ja que si la referència genèrica al 114 no inclogués l'adquisició i la pèrdua de la condició de personal, podria ser entesa com a inconstitucional per entrar en contradicció amb l'article 149.1.18 de la Constitució. A més, la competència compartida a la qual es refereix in fine l'article 157.3, si no s'entengués en el sentit més ampli exposat, no incorporaria cap mena de competència legislativa de la Generalitat en matèria

d'adquisició i pèrdua de la condició de personal sanitari, ja que no hi està esmentada. Per tant, si aquesta és la intenció del legislador, fóra millor incorporar la referència completa de l'article 114 de la Proposta.

En conseqüència, l'article 157.3 de la Proposta de Reforma és constitucional, interpretat tal com s'ha exposat precedentment.

#### 16. Article 159.2.e (energia i mines).

L'article 149.1.22 CE reserva a l'Estat la competència sobre "l'autorització de les instal·lacions elèctriques si l'aprofitament afecta una altra Comunitat o si l'energia és transportada fora del seu àmbit territorial". La conjunció d'ambdós preceptes esmentats porta a considerar que estem davant d'un supòsit de participació de la comunitat autònoma en un àmbit reservat a l'Estat, tan aviat com la instal·lació sigui susceptible de connexió amb una xarxa supraautonòmica (STC 12/1984, de 2 de febrer, on es va debatre una línia que transcorria íntegrament per Catalunya, però, que, en ser d'alta tensió de primera categoria, es va connectar a la xarxa general peninsular; i també les STC 119/1986, de 20 d'octubre; 67/1992, de 30 d'abril, i 74/1992, de 14 de maig). Segons hem palesat en relació amb altres articles de la Proposta de Reforma, la participació és constitucionalment admissible, ja que la Constitució no la prohibeix i és un instrument generalment utilitzat en els estats compostos com a forma d'integració. Per tant, davant de l'absència de regulació constitucional, l'Estatut, en tant que norma també estatal, pot modular la competència exclusiva de l'Estat sempre que no imposi una única alternativa, això és, mentre no sigui vinculant la posició de la Generalitat, ja que en aquest cas manllevaria totalment la competència que constitucionalment està reservada a l'Estat.

En el cas que estem analitzant es tracta d'una participació a través d'un informe que és preceptiu en tant que la seva obligatorietat afecta la Generalitat, que l'ha d'elaborar, i no imposa cap limitació a l'Estat, ja que aquest pot considerar una altra alternativa si entén que hi ha altres raons per les quals convé actuar d'una manera diferent de la que proposa, a través de l'informe, la Generalitat. La preceptivitat, doncs, només afecta la Generalitat i l'instrument emprat és un mecanisme participatiu dels de menor intensitat dins dels possibles en la relació entre dos ens.

D'aquesta manera, es tracta d'una intervenció autonòmica dins del procediment, en tant que les instal·lacions estan situades totalment o parcial a Catalunya i la Generalitat hi pot tenir un interès directe, encara que no tingui atribuïda constitucionalment cap competència sobre l'autorització esmentada, un cop aquella nova instal·lació sigui connectada a la xarxa. Això no obstant, cal recordar que, d'acord amb l'article 149.1.25 CE, la Generalitat pot desenvolupar les bases del règim energètic, com es preveu en l'apartat primer de l'article 159 de la Proposta de Reforma, on s'afirma la competència compartida de la Generalitat en les activitats de producció i transport de l'energia, com es fa també a l'actual Estatut (art. 10.1.5 EAC), segons el qual la Generalitat desenvolupa legislativament i executa la legislació bàsica de l'Estat sobre el règim energètic.

En definitiva, segons el nostre parer, l'article 159.2 de la Proposta de Reforma és constitucional.

#### 17. Article 160.1.a (joc i apostes).

La matèria principal d'aquest precepte (apostes i casinos), no està atribuïda a l'Estat com a competència pròpia en el llistat de l'article 149.1 CE. Per tant, aquesta matèria pot ser assumida com a competència exclusiva per la Generalitat, sense cap mena de reserva. Si bé és cert que el Tribunal Constitucional ha reconegut a l'Estat la competència per regular les apostes mútues esportivobenèfiques (en funció de l'autolimitació estatutària, art. 9.32 EAC), i la loteria general, sobre la base d'una aplicació extensiva de l'article 149.1.14 CE ("Hisenda general i Deute de l'Estat"), entenem que la redacció de la lletra a de l'apartat primer de l'article 160 és plenament constitucional en assumir la Generalitat la competència exclusiva sobre una matèria que la Constitució no reserva en cap de les seves formes a l'Estat.

Ara bé, la redacció de l'esmentat precepte, redacció que pot generar inseguretats jurídica, en no establir cap punt de connexió que permeti conèixer l'abast territorial de l'exercici de la competència estatal, obliga a fixar un punt de connexió, sense que ens pertoqui determinar el seu contingut concret.

En referir-se el precepte a "la regulació de les empreses dedicades a la gestió, l'explotació i la pràctica d'aquestes activitats", i tenint en compte que aquestes empreses poden tenir la seva seu o el seu volum majoritari de facturació fora de Catalunya, s'haurà de determinar en quins supòsits la normativa catalana els serà aplicable.

Amb la consideració que s'acaba de fer, el precepte és constitucional.

#### 18. Article 160.3 (joc i apostes).

L'apartat tercer de l'article 160 imposa a l'Estat l'obligació d'obtenir l'acord previ de la Generalitat en els supòsits en què pretengui autoritzar noves modalitats de joc i apostes d'àmbit estatal, o bé la modificació de les existents.

Aquest contingut pot semblar inconstitucional en la mesura que imposa a l'Estat l'obligació de comptar amb l'aprovació de la Generalitat en el moment d'emanar un acte autoritzatori d'àmbit estatal. Ara bé, en aquest cas ens trobem amb una matèria en la qual l'Estat no té reservada constitucionalment cap mena de competència. Per altra banda, l'autorització d'una nova modalitat de joc o aposta d'àmbit estatal o la modificació d'una existent, pot afectar de forma substancial als jocs i apostes regulats per la Generalitat. Conseqüentment, és admissible que l'actuació de l'Estat quedi condicionada per la decisió prèvia d'una comunitat autònoma que té competència exclusiva, sens perjudici del que respecte d'aquesta qüestió puguin establir altres comunitats autònomes.

L'abast supraterritorial del joc o l'aposta no atribueix un títol competencial material a l'Estat, i, conseqüentment, només si la norma estatutària ho preveu, l'Estat podrà intervenir en aquesta matèria.

L'article 160.3 és constitucional.

#### 19. Article 160.4 (espectacles i activitats recreatives).

L'únic dubte de constitucionalitat que ofereix aquest precepte és la inclusió de la "seguretat" dintre d'una competència que es qualifica d'exclusiva, cosa que podria entendre's que vulnera la competència exclusiva estatal en matèria de seguretat pública (art. 149.1.29 CE).

La lectura del precepte fa palès que la referència a la seguretat està limitada als espectacles en espais i locals públics, la qual cosa permet entendre que el concepte de seguretat es limita a les funcions de caire administratiu, que tenen com a objectiu garantir el correcte desenvolupament de les activitats que es desenvolupen en locals de pública concurrència, així com el correcte estat de les instal·lacions on es duen a terme els espectacles. No inclou aquest concepte les actuacions de seguretat pública que corresponen als cossos i forces de seguretat.

Interpretat en els termes que s'han expressat, l'article 160.4 és constitucional.

#### 20. Article 161.1 (medi ambient).

La distribució de competències entre l'Estat i les comunitats autònomes en matèria de medi ambient és particularment complexa, per raó del caràcter intersectorial o transversal d'aquesta matèria, com ha assenyalat en diverses Sentències el Tribunal Constitucional (entre d'altres, STC 101/2005, de 20 d'abril, FJ 3), i pel fet que l'article 149.1.23 CE atribueix a l'Estat la competència sobre "legislació bàsica sobre protecció del medi ambient, sens perjudici de les facultats de les Comunitats Autònomes per a l'establiment de normes addicionals de protecció". Aquesta redacció de la norma constitucional s'ha interpretat en el sentit que si bé no impedeix el desenvolupament legislatiu de les bases estatals pel legislador

autonòmic, sí que condiciona de forma més intensa la capacitat normativa autonòmica (STC 102/1995, de 26 de juny, FJ 8). Per altra banda, el Tribunal Constitucional també ha dit que “la legislación básica del Estado no cumple en este caso una función de uniformidad relativa, sino más bien de ordenación mediante mínimos que han de respetarse en todo caso, pero que pueden permitir que cada una de las Comunidades Autónomas con competencias en la materia establezca niveles de protección más altos” (STC 166/2002, de 18 de setembre, FJ 9 i, també, 102/1995, de 26 de juny; 156/1995, de 26 d'octubre; 196/1996, de 28 de novembre; i 16/1997, de 30 de gener). En relació amb aquest mateix criteri, s'ha reconegut que de forma excepcional és possible que siguin necessàries actuacions reglamentàries i executives per part de l'Administració estatal, com és el cas de les declaracions de zona atmosfèrica contaminada (STC 329/1983, de 12 de novembre).

D'acord amb la singularitat de les matèries, i la doctrina del Tribunal Constitucional, l'apartat primer de l'article 161, quan es refereix als “principis de legislació bàsica estatal”, s'ha d'interpretar de conformitat amb el que estableix l'article 106 de la Proposta de Reforma i el que hem dit en tractar aquest precepte. És a dir, en tractar-se d'una competència compartida, l'Estat pot fixar principis, objectius i estàndards mínims, cosa que haurà de permetre que, de forma excepcional i sense negar la capacitat de desenvolupament legislatiu que correspon a la Generalitat, l'Estat pugui concretar les bases mitjançant reglaments i actes executius.

Per tant, cal concloure que l'article 161.1 és constitucional.

#### 21. Article 161.2 (espais naturals).

La redacció d'aquest precepte, en connexió amb el que es diu a l'apartat següent, introdueix un element de confusió i possible inconstitucionalitat. En concret fem referència a les paraules que consten al final de l'apartat segon, “totalment o parcialment”. Si aquestes paraules no hi constessin, el contingut dels dos preceptes seria coherent i no existiria cap dubte de constitucionalitat.

La incoherència rau en el fet que l'expressió “totalment o parcialment” del segon apartat pot incloure espais naturals que ultrapassin el territori de Catalunya, supòsit regulat correctament a l'apartat tercer i que, per tant, no pot estar també inclòs en l'apartat segon.

L'article 161.2 només serà constitucional si es suprimeix l'expressió “totalment o parcialment”.

#### 22. Article 161.5 (meteorologia i climatologia).

En l'apartat cinquè de l'article 161 s'assumeix la competència exclusiva sobre el servei meteorològic de Catalunya i sobre climatologia, precisant a continuació l'abast material d'aquesta competència.

Aquesta atribució competencial s'ha de relacionar amb la competència exclusiva de l'Estat sobre el servei meteorològic (art. 149.1.20 CE). Una primera lectura dels dos preceptes sembla que obligui a concloure que l'apartat cinquè de l'article 161 és inconstitucional, pel fet d'assumir com a competència exclusiva una matèria que la Constitució reserva com a exclusiva a l'Estat.

Ara bé, el precepte de la Proposta de Reforma especifica que la Generalitat assumeix com a competència exclusiva el servei meteorològic de Catalunya, precisant-ne les funcions materials que corresponen a aquest servei.

Per tant, allò que la Generalitat assumeix com a competència exclusiva és la creació d'un servei meteorològic, en exercici de les seves competències generals en matèria d'organització. Si allò que la Constitució reserva a l'Estat és la competència exclusiva per a la creació del seu servei meteorològic, entenem que la competència exclusiva de la Generalitat és compatible amb allò que diu l'article 149.1.20 CE.

Interpretat d'aquesta manera, l'article 161.5 és constitucional.

#### 23. Article 163 (seguretat pública).

L'article 163 regula les competències de la Generalitat en matèria de seguretat pública. És, aquesta, una matèria que hem d'abordar de forma similar a com ho hem fet en tractar del Poder Judicial, en la mesura que, en ambdós casos, la Constitució utilitza criteris similars per efectuar la distribució de competències: en primer lloc, l'article 149.1.29 CE declara la competència exclusiva de l'Estat; alhora, introdueix una excepció a aquesta regla, derivada de la possibilitat de creació de cossos de policia autonòmics, d'acord amb les respectives previsions estatutàries; finalment, s'afegeix una clàusula de tancament ("en el marc del que disposi") representada per la regulació continguda a la Llei orgànica a què es refereix l'article 104.2 CE.

Encara que aquesta Llei orgànica ja fou promulgada i continua vigent (Llei orgànica 2/1986, de 13 de març, de forces i cossos de seguretat de l'Estat, en endavant LO 2/1986) sembla acceptable, d'acord amb l'argumentació que havíem expressat en tractar el títol III relatiu al Poder Judicial, que el nou Estatut pugui innovar en aquesta matèria i, fins i tot, introduir una regulació que en certs aspectes contradigui l'establerta per aquesta Llei orgànica, sempre que es respectin els requisits que havíem indicat llavors i que explicitarem novament en examinar la disposició addicional novena. Conseqüentment, hem d'identificar ara els preceptes que efectuen aquesta modificació o innovació, i integrar-los en el règim general previst per la disposició addicional novena.

No és aquesta una operació difícil, ja que la disposició final segona de la Llei orgànica 2/1986 només va declarar de directa aplicació al règim de la Policia de Catalunya els seus articles 5, 6, 7 i 8 (que es refereixen a principis generals d'actuació) i, en relació amb les seves competències i funcions, que és la matèria que ens interessa més directament, els articles 38, 43 i 46. Ara bé, l'aplicació d'aquests articles s'ha de fer, tal com especifica la disposició final segona esmentada, en el marc del que disposa l'article 13 EAC, en particular el seu apartat 4, que és el que defineix les funcions de seguretat que, pel seu caràcter extracomunitari i supracomunitari, han de quedar reservades a les forces i cossos de seguretat de l'Estat.

Tenint en compte aquestes consideracions, només alguns aspectes concrets mereixen la nostra consideració.

A) L'article 163.2.b atribueix a la Generalitat la competència per a l'expedició de la documentació oficial, inclòs el passaport i els documents d'identitat. Es tracta, òbviament, d'una competència executiva stricto sensu, que s'haurà d'atenir no solament a la legislació estatal sinó també a la normativa reglamentària aprovada per desenvolupar-la. No obstant això, contradiu el previst en la disposició final segona de la LO 2/1986, en la remissió que efectua a l'article 13.4 EAC. En aquest precepte, l'expedició dels "passaports i del document nacional d'identitat" queda reservada a les forces i cossos de seguretat de l'Estat. Conseqüentment, l'assumpció d'aquesta competència només serà possible en la mesura que les Corts Generals realitzin la corresponent reforma de la Llei orgànica.

Així interpretada, aquesta lletra b és constitucional.

B) La lletra c d'aquest mateix article 163.2 ("la protecció i lluita contra el frau fiscal") mereixeria una conclusió idèntica si s'entengués com una atribució general, dirigida a la repressió de tot tipus de defraudacions fiscals. No obstant això, l'article 13.4 EAC, al qual es remet de forma expressa la LO 2/1986, només reserva a les forces i cossos de seguretat de l'Estat la "protecció fiscal de l'Estat". No hi ha, doncs, cap problema per admetre que el precepte examinat es refereix al frau fiscal comès en relació amb les competències fiscals i tributàries de la Generalitat, tant en impostos propis com cedits, quedant reservada a la competència estatal la repressió del frau respecte als impostos la gestió i recaptació dels quals conservi.

Així interpretada, aquesta disposició no vulnera la Constitució ni modifica la LO 2/1986, motiu pel qual no requereix la seva inclusió en la disposició addicional novena.

C) En la lletra d s'han de distingir dos aspectes. La primera frase, per la qual la Generalitat

assumeix competència sobre el règim de tinença i ús d'armes, municions i explosius, incideix plenament en la competència exclusiva de l'Estat sobre règim de producció, comerç, tinença i ús d'armes i explosius, segons l'article 149.1.26 CE. És, aquest, un títol que la Constitució ha diferenciat del corresponent a la seguretat pública, per la qual cosa és impossible aplicar al precepte examinat l'argumentació que fem al començament. La contradicció amb el precepte constitucional és clara.

En canvi, la resta de la lletra d, en la mesura que afecta exclusivament l'adquisició d'armes destinades als cossos policials de Catalunya, mereix un tractament diferent. En efecte, el reconeixement per la Constitució de la capacitat per crear la seva pròpia policia, que és un institut armat, ha de comportar també la conseqüent decisió sobre els mitjans tècnics i operatius necessaris, no podent-se-li aplicar el mateix règim d'autorització i control que als particulars. És cert que la LO 2/1986, en referir-se al règim de les policies autonòmiques, imposa la competència estatal per atorgar les llicències d'armes corresponents (art. 41.4). No obstant això, la tantes vegades esmentada disposició final segona d'aquesta Llei orgànica, en el seu apartat 2, no inclou l'article 41 entre els que són d'aplicació a la policia de Catalunya.

Conseqüentment, la primera frase de la lletra d és inconstitucional; en canvi, la resta de la lletra d és constitucional i no requereix la seva inclusió a la disposició addicional novena.

D) Finalment, l'article 163.4 també pot ser objecte d'una interpretació similar, en el sentit d'excloure de l'àmbit d'actuació de la policia de la Generalitat-Mossos d'Esquadra les funcions que, d'acord amb el que s'ha dit anteriorment, superen la defensa de l'interès propi de la Generalitat pel seu caràcter marcadament extracomunitari o supracomunitari. Entre les esmentades expressament per l'article 13.4 EAC vigent, al qual es remet la LO 2/1986, hi ha les relatives al règim d'estrangeria, la immigració, el control d'entrada i sortida del territori de l'Estat, la vigilància de les fronteres terrestres i marítimes (incloses les dels ports i aeroports), la repressió del contraban, etc. És així com ha d'entendre's l'expressió "exerceix totes les funcions pròpies d'un cos de policia general i integral"; que en res no queda afectada per la reserva d'aquestes tasques a les forces i cossos de seguretat de l'Estat, tasques que, en tot cas, estaran subjectes al règim general de cooperació previst en el número 3 d'aquest mateix article.

Així interpretat, l'apartat 4 de l'article 163 és constitucional i no requereix la seva inclusió a la disposició addicional novena.

#### 24. Article 164 (seguretat privada).

L'article 164 atribueix a la Generalitat la competència exclusiva pel que fa a una matèria que no va ser inclosa en l'actual Estatut d'autonomia. Aquesta matèria no està reservada a l'Estat en l'article 149.1 CE, si bé aquest precepte sí reserva a l'Estat la competència exclusiva en matèria de seguretat pública (art. 149.1.29 CE).

En conseqüència, s'ha de reconèixer la constitucionalitat de l'article 164 de la Proposta de Reforma, en assumir estatutàriament una matèria no reservada a l'Estat.

Aquesta afirmació requereix precisar l'abast de les dues matèries, seguretat pública i seguretat privada.

En aquest sentit s'ha d'admetre que el criteri de distribució no es troba en la naturalesa de la institució o entitat que presta el servei, sinó en el contingut de la funció. Així, si una entitat privada exerceix funcions pròpies de la seguretat pública estarem dintre d'aquest àmbit material. En aquest sentit, i a tall d'exemple, si es vol que el personal d'una entitat privada exerceixi funcions pròpies de la seguretat pública, els requisits d'habilitació, de formació i d'acreditació s'hauran d'establir en la norma estatal. Altrament, si una entitat privada només pretén exercir funcions pròpies de seguretat privada estarà regulada per la legislació catalana.

Cal concloure, doncs, que en la determinació de l'abast respectiu de les competències estatal i autonòmica l'element essencial és la distinció del contingut funcional de les matèries seguretat pública i seguretat privada. En l'actualitat, un criteri de distinció es pot trobar en



l'article 1 de la Llei 23/1992, de 30 de juliol, de seguretat privada, la qual el defineix com: "la prestació por personas, físicas o jurídicas, privadas de servicios de vigilancia y seguridad de personas o de bienes, que tendrán la consideración de actividades complementarias y subordinadas respecto a las de seguridad pública".

Cal concloure que l'article 164 és constitucional.

25. Article 167.1.c (entitats col·laboradores amb la Seguretat Social i mútues).

El contingut d'aquest precepte és constitucional, en formar part de les competències compartides de la Generalitat de Catalunya en matèria de Seguretat Social, si bé manca la fixació d'un punt de connexió que delimiti l'abast territorial de l'exercici d'aquesta competència. Aquesta indeterminació del precepte pot afectar la seguretat jurídica en el moment de la seva aplicació.

Cal concloure que el precepte és constitucional, però requereix la inclusió d'un punt de connexió.

## **Fonament 8**

A continuació s'examinarà el títol V de la Proposta de Reforma que es refereix a les relacions de la Generalitat amb l'Estat, amb les altres comunitats i amb la Unió Europea, així com a l'acció exterior de la Generalitat.

1. Article 176.1, 2 i 6 (designació de representants en els organismes econòmics i socials).

L'article 176 preveu un sistema de designació de representants de la Generalitat en els organismes econòmics i socials de l'Estat que, perquè es pugui portar a efecte, depèn d'allò que estableixi la legislació aplicable. Així ho estableix expressament a l'apartat 3 respecte d'un grup d'organismes determinats, com el Tribunal de Comptes, el Consell Econòmic i Social, i d'altres. També ho fa, a través de la tècnica de la remissió continguda a l'apartat 4, respecte dels organismes previstos als apartats 1, 2 i 3, però, en aquest cas, cal entendre que el precepte s'està referint a la legislació catalana que reguli el procediment en l'àmbit del Parlament de Catalunya. És evident, però, que la legislació aplicable en aquests supòsits no solament és la catalana, sinó que, en aquests casos dels organismes estatals previstos als apartats 1, 2 i 6, també és aplicable la legislació estatal.

Per tant, els apartats 1, 2 i 6 de l'article 176 de la Proposta de Reforma són constitucionals, sempre que s'afegeixi a cadascun d'ells, la frase "[...] en els termes que estableix la legislació aplicable".

2. Article 179 i esmena núm. 329 (participació en els tractats originaris de la Unió Europea).

A) A continuació analitzarem el primer apartat de l'article 179 de la Proposta de Reforma i l'esmena núm. 329, que l'afecta, tenint en compte que la solució a què arribem té relació amb la que haurem de prendre respecte d'altres articles i esmenes que es tracten més endavant, tots relatius a les relacions de la Generalitat amb la Unió Europea (capítol II del títol V de la Proposta de Reforma). L'objectiu general que es persegueix amb aquestes relacions és que la Generalitat participi en els afers relacionats amb la Unió Europea quan s'afectin les competències o els interessos de Catalunya, en els termes que estableix l'Estatut, segons adverteix l'article 178.

L'article 179.1, sobre la participació quan s'iniciï la modificació dels tractats originaris de la Unió Europea, afirma:

"1. La Generalitat ha d'ésser informada pel Govern de l'Estat de les iniciatives de revisió dels tractats de la Unió Europea i dels processos de subscripció i ratificació subsegüents. El Govern de la Generalitat i el Parlament han de dirigir al Govern de l'Estat i a les Corts Generals les observacions que estimin pertinents a aquest efecte, que són determinants en el cas de les competències exclusives."

I l'esmena núm. 329, que el modifica, proposa una redacció del següent tenor:

“1. La Generalitat ha d'ésser informada pel Govern de l'Estat de les iniciatives de revisió dels tractats originaris i fundacionals de la Unió Europea i dels processos de negociació i aprovació subsegüents. 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, que són vinculants en el cas de les competències exclusives.”

La diferència fonamental entre els dos textos és el caràcter determinant o vinculant de les observacions que es facin.

Segons el precepte i l'esmena objecte de la nostra anàlisi, es preveuen dos mandats: un al poder central i un altre a l'autonòmic. El primer consisteix en l'obligació que té el Govern de l'Estat d'informar de les iniciatives de revisió dels tractats de la Unió Europea (art. 179.1, primer incís de la Proposta de Reforma), sigui quin sigui el grau d'afectació de les competències autonòmiques o dels interessos de la Generalitat. El segon mandat imposa un deure al Govern de la Generalitat i al Parlament de dirigir les observacions que estimin pertinents sobre el que han estat informats (segon i darrer incís de l'apartat 1 de l'article 179 de la Proposta), sempre que afecti les competències exclusives de la Generalitat. Els destinataris d'aquesta acció són el Govern de l'Estat i les Corts Generals, els quals han d'operar d'acord amb un instrument de participació que qualifica la posició del Govern de la Generalitat com a “determinant”. Aquesta forma de participació implica, d'acord amb el que preveu la disposició addicional cinquena de la Proposta de Reforma, que:

“Si l'Estatut estableix que la posició del Govern de la Generalitat és determinant per a conformar un acord amb el Govern de l'Estat i aquest no l'acull, el Govern de l'Estat ho ha de motivar i automàticament s'ha de reunir la Comissió Bilateral Generalitat-Estat.”

Aquest procediment limita la decisió estatal de comprometre's internacionalment en el marc de la Unió Europea, perquè es tracta de matèries sobre les quals el títol de la Generalitat és exclusiu, però no impedeix que l'Estat decideixi altrament, ja que la participació no altera la titularitat de les competències (art. 170.1 de la Proposta de Reforma) de què l'Estat també disposa en l'àmbit internacional, com és la de contraure obligacions d'aquesta índole (art. 149.1.3 CE).

Per tant, l'efecte que la posició de la Generalitat sigui determinant està clarament fixat en la mateixa Proposta de Reforma. En canvi, no prefigura ni la Proposta ni cap esmena quines serien les conseqüències d'una posició vinculant, per la qual cosa hauríem d'entendre que l'Estat es trobaria lligat per la posició subcentral, ja que “vinculant” té un significat més intens que “determinant” en el registre general de la llengua. Així, mentre que el segon només modula (segons, com suara hem esmentat, un procediment específic amb participació del mateix Estat), el primer obliga de forma taxativa a seguir les observacions de la Generalitat sense que l'Estat se'n pugui allunyar o desvincular. En aquest sentit, s'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) i que, per tant, considerem inconstitucional.

En conseqüència, considerem que l'article 179.1 de la Proposta de Reforma és plenament constitucional, mentre que l'esmena núm. 329, en tant que substitueix “determinant” per “vinculant”, és inconstitucional.

B) El segon apartat de l'article 179 diu:

“El Govern de l'Estat ha d'incorporar representants de la Generalitat a les delegacions espanyoles que participin en els processos de revisió i negociació dels tractats originaris i en els d'adopció de nous tractats.”

Es tracta d'un tipus de participació diferent de la de l'apartat 1, en tant que es tracta d'una representació (de la Generalitat) en una delegació d'una altra entitat (l'Estat), en comptes d'un procediment que integra decisions successives de diferents òrgans en els quals participen els ens implicats en distinta proporció. En el cas que ens ocupa, el redactat no

permet la seva aplicació fins que una regulació estatal no ho faci possible. A més, la participació de “representants” (més d’un) podria fer inviable el funcionament de les delegacions, si totes les comunitats autònomes hi enviessin un grup nombrós de mandatariis. Tanmateix, el redactat permet interpretar que la Generalitat pot fer confiança, donar la representació, en definitiva, a un membre de la delegació que no sigui de la Generalitat i això ho poden fer també les altres comunitats, de manera semblant al que succeeix, per exemple, a Alemanya. D’aquesta manera, el mandat estatutari es compliria i no minvaria l’eficàcia de la delegació. En conseqüència, cal advertir que la redacció permet diverses alternatives de regulació a l’Estat i que, quan aquest la faci efectiva, es complirà l’article 179.2 de la Proposta, per la qual cosa, sense negar la seva constitucionalitat, seria convenient que l’Estatut incorporés en aquest precepte una remissió a la llei.

En conclusió, l’article 179.2 de la Proposta de Reforma és constitucional.

3. Article 180.3 i esmena núm. 332 (participació en la formació de les posicions de l’Estat).

Seguidament, analitzarem l’article 180.3 i l’esmena núm. 332, que tenen relació amb el que s’ha acabat de dir en el punt 2.A d’aquest Fonament sobre el caràcter “determinant” o “vinculant” de la posició de la Generalitat davant de l’Estat.

Concretament, en relació amb la participació de la Generalitat en la formació de les posicions de l’Estat davant la Unió Europea, especialment davant el Consell de Ministres, en els assumptes relatius a les competències o als interessos de Catalunya (art. 180.1 de la Proposta de Reforma), es proposen un seguit d’alternatives entre les quals es prima la participació de caràcter bilateral (art. 180.2 de la Proposta). En aquest sentit, a l’apartat 3 del mateix article 180 s’afirma:

“3. La posició expressada per la Generalitat és determinant per a la formació de la posició estatal si afecta les seves competències exclusives i compartides. En els altres casos, aquesta posició ha d’ésser escoltada per l’Estat. La posició expressada per la Generalitat ha d’ésser especialment rellevant per a l’Estat si de la proposta o la iniciativa europees poden derivar per a Catalunya conseqüències financeres o administratives”.

Aquest precepte és semblant a l’article 179 estudiat anteriorment, tot i que, en comptes de referir-se a la formació de la voluntat estatal davant de la revisió del dret primari de la Unió, fa referència a un moment també previ de la coneguda com a fase ascendent en la presa de decisions comunitàries europees.

En la configuració de la posició estatal, la posició que expressi la Generalitat té efectes diferents segons l’afectació de les competències o interessos de Catalunya. Serà determinant si afecta les competències exclusives i compartides, només s’escoltarà el parer de la Generalitat en altres supòsits i, finalment, serà especialment rellevant quan es puguin derivar conseqüències de caràcter financer o administratiu per a Catalunya.

L’esmena núm. 332, per la seva banda, fa una gradació de la participació de la Generalitat més intensa i prescriu que:

“3. 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. En els altres casos la seva posició ha de ser escoltada per l’Estat. La posició expressada per la Generalitat ha d’ésser especialment rellevant per a l’Estat quan de la proposta o de la iniciativa europea puguin derivar per a Catalunya conseqüències financeres o administratives.”

En conseqüència, es torna a substituir “determinant” per “vinculant” en el cas de les competències exclusives amb els efectes, des de la perspectiva de la conformitat del text amb la Constitució, ja exposats, atès que s’envaeixen les competències atribuïdes a l’Estat en l’àmbit comunitari europeu.

A més, en ambdós casos, en el precepte i en l’esmena corresponent, quan es “puguin derivar per a Catalunya conseqüències financeres o administratives” se suggereix una nova fórmula

participativa a través de l'afirmació que la posició ha d'ésser "especialment rellevant", cosa que introdueix un cert nivell de confusió que caldria aclarir per evitar caure en inconstitucionalitat, ja que no es tracta d'un procediment pautat com el que implica el mot "determinant" i que no imposa una única solució a l'activitat decisòria estatal.

Per tant, l'article 180.3 de la Proposta de Reforma és constitucional i l'esmena núm. 332 és inconstitucional en tant que substitueix "determinant" per "vinculant".

#### 4. Article 181.1 (participació en institucions i organismes europeus).

Seguidament farem esment de l'article 181.1 de la Proposta, relatiu a la participació en institucions i organismes europeus a través de representants en la forma de participació a què fèiem referència abans en el punt 2.B d'aquest Fonament. En concret, l'article 181.1 prescriu:

"1. Els representants de la Generalitat participen directament en totes les delegacions espanyoles davant la Unió Europea que tractin assumptes de la competència de la mateixa Generalitat o que afecten l'interès de Catalunya, i especialment davant el Consell de Ministres i els òrgans consultius i preparatoris del Consell i de la Comissió."

La diferència amb l'article 179.2 és que en aquest cas els representants de la Generalitat participen "directament" en les delegacions espanyoles, per la qual cosa no es pot interpretar de forma tan oberta com fèiem abans, però, igualment, per raons d'eficàcia i d'aplicabilitat del precepte i no pas de constitucionalitat, considerem que convindria fer una referència "a la normativa aplicable", remissió que inclouria tant la legislació estatal com les normes comunitàries europees que regulen o poden regular la qüestió.

En conclusió, l'article 181.1 és constitucional, si s'interpreta tal com s'ha exposat.

#### 5. Article 183.3 (desenvolupament i aplicació del dret de la Unió Europea).

L'article 183 de la Proposta de Reforma regula el desenvolupament i l'aplicació del dret de la Unió Europea. En el seu primer apartat estableix un principi general segons el qual la Generalitat ha d'aplicar directament el dret de la Unió Europea a Catalunya, transposar-lo i desenvolupar-lo, en l'àmbit de les seves competències.

Però a més a l'apartat 3 preceptua el següent:

"En el cas que la Unió Europea estableixi una legislació sobre matèries respecte de les quals l'Estat disposi a Catalunya de competència per dictar-ne les bases, la Generalitat pot adoptar directament la legislació de desenvolupament a partir de les normes europees."

Del tenor literal d'aquest precepte resulta evident que la formulació que estableix, relativa a l'aplicació del dret europeu, deixa oberta la possibilitat perquè la Generalitat pugui desenvolupar directament la legislació europea en matèries que són objecte de competència compartida amb l'Estat.

En aquests termes no exclusius, la previsió normativa de la Proposta de Reforma, en principi, no planteja una contradicció amb la Constitució. Tanmateix, i d'acord amb la fonamentació que hem expressat anteriorment en relació amb l'última frase de l'article 106, s'ha d'entendre que l'adopció directament per la Generalitat de la legislació de desenvolupament a partir de les normes europees no exclou que la legislació estatal de transposició del dret europeu que tingui caràcter bàsic també s'apliqui a Catalunya.

Per tant, interpretat en aquest sentit, l'apartat 3 de l'article 183 de la Proposta de Reforma és constitucional.

#### 6. Article 184.3 i esmena núm. 341 (gestió de fons europeus).

Pel que fa referència a l'article 184.3 de la Proposta i l'esmena núm. 341, cal tornar a esmentar el que s'ha dit en els punts 2 i 3 d'aquest Fonament, ja que tornem a confrontar les

expressions “determinant” i “vinculant” que apareixen en els textos precitats en un altre àmbit, el de la gestió dels fons europeus no territorialitzables en matèria de competència de la Generalitat.

Concretament l'article 184.3 afirma:

“En el cas que els fons europeus no es puguin territorialitzar, l'Estat ha de motivar i fonamentar en dret aquesta circumstància, i la Generalitat ha de participar en els òrgans o en el procediment de distribució. La participació de la Generalitat té caràcter determinant per a l'Estat en el cas que els fons afectin l'exercici de competències exclusives. Corresponen, en tots els casos, a la Generalitat les facultats de tramitació, pagament, control i inspecció.”

Mentre que l'esmena núm. 341 diu:

“3. En cas que els fons europeus no es puguin territorialitzar, l'Estat ha de motivar i fonamentar en dret aquesta circumstància, i 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. Corresponen, en tots els casos, a la Generalitat les facultats de tramitació, pagament, control i inspecció.”

Pels motius ja enunciats abans, sobretot en el punt 3 d'aquest Fonament, l'article 184.3 de la Proposta de Reforma és constitucional i l'esmena núm. 341 és inconstitucional.

7. Article 186.2 (estatut del personal de la delegació de la Generalitat davant la Unió Europea).

A continuació ens referirem a l'article 186.2 de la Proposta de Reforma. L'article 186, en el seu apartat primer, diu que la Generalitat ha d'establir una delegació davant les institucions de la Unió Europea i, en el segon apartat, afirma:

“El personal de la delegació de la Generalitat davant la Unió Europea té un estatut assimilat al del personal de les representacions de l'Estat davant la Unió Europea.”

El que prescriu l'article i que pot suscitar algun dubte o qüestió és l'adjectiu “assimilat” que qualifica l'estatut del personal de la delegació de la Generalitat, ja que l'estatut del personal de les representacions estatals disposa actualment d'un règim especial de privilegis, d'immunitats i de facilitats (protocol sobre els privilegis i les immunitats de les Comunitats Europees, de 8 d'abril de 1965, amb modificacions posteriors), així com de requisits professionals, cosa que fa que l'estatut d'ambdues delegacions sigui fàcticament i difícilment idèntic, però pot ser assimilat.

En conseqüència, si per “assimilar” s'entén el que diuen els diccionaris -això és, “fer semblant”, no idèntic ni exacte- no se'n pot fer cap judici d'inconstitucionalitat, ja que la Constitució no es pronuncia sobre si hi ha d'haver alguna diferència entre el personal adscrit a la Generalitat i el personal adscrit a l'Estat que realitza funcions representatives de les delegacions presents davant la Unió Europea. La Constitució tampoc no fa cap esment sobre l'estatut que hagi de tenir el personal de les representacions de l'Estat. En conseqüència, caldrà esperar els canvis normatius que es produeixin en la normativa comunitària europea i estatal a fi de considerar aquesta qüestió, amb el benentès que l'Estat haurà de procurar, en la mesura que hagi d'intervenir, que es modifiqui la normativa europea que no permeti fer una assimilació, de forma que l'estatut resultant sigui el més semblant possible, o bé haurà de col·laborar per assimilar el personal autonòmic a l'estatal. En canvi, pel que fa a la normativa que pugui derivar de la mateixa Generalitat, és obvi que, en virtut de la seva potestat d'autoorganització, pot ampliar els drets i els requisits que hagin d'acomplir el personal que actuï com a representant de la Generalitat davant la Unió Europea.

En conseqüència, l'article 186.2 és constitucional.

8. Article 187 (circumscripció electoral per al Parlament Europeu).

La regulació de les eleccions al Parlament Europeu és una matèria reservada al legislador

estatal, com ja va afirmar el Tribunal Constitucional en la seva Sentència 28/1991, de 14 de febrer. Certament, l'opció per una circumscripció estatal no és l'única constitucionalment possible i, probablement, n'hi hauria d'altres més adequades a la naturalesa del nostre Estat compost. Això no obstant, no hi pot haver cap dubte sobre la necessitat que aquesta decisió sigui continguda en una regulació comuna, ja que només així es podria determinar l'àmbit de les diferents circumscripcions i els escons que s'atribueixen a cadascuna d'aquestes, tenint en compte a més que el nombre total de representants al Parlament Europeu no és una qüestió que pugui ser decidida per l'Estat espanyol. En aquest sentit, la Sentència abans indicada deia:

“Por ello, aunque nada impediría, en principio, que el legislador estatal, en uso de su libertad de apreciación, pudiera disponer en el futuro la organización territorial del cuerpo electoral en los comicios europeos -mientras subsista la autonomía institucional de que ahora disfrutan los Estados miembros de la Comunidad Europea (art. 7 del Acta Electoral Europea)-atendiendo al diseño autonómico, debemos reiterar que tal medida no sería algo constitucionalmente obligado, sino el fruto de una decisión política cuya oportunidad y acierto no corresponde enjuiciar a este Tribunal” (FJ 8).

Hem d'afegir que és una opinió comunament acceptada en dret electoral que la determinació de la circumscripció, juntament amb la fórmula electoral i la forma de vot, constitueixen elements substancials de qualsevol regulació del règim electoral, pels efectes que produeixen sobre la major o menor proporcionalitat dels resultats i sobre la manera en què els ciutadans exerceixen el seu dret de sufragi.

Doncs bé, aquest article 187 modifica la regulació continguda en el títol VI de la Llei orgànica 5/1985, de 19 de juny, del règim electoral general, i de forma específica en els seus articles 214, 220.3 i 224.1. Aparentment ens trobem davant d'una situació similar a la que havíem tractat anteriorment, quan observàvem la incidència de diversos articles d'aquesta Proposta de Reforma sobre la Llei orgànica del Poder Judicial i sobre la Llei orgànica de forces i cossos de seguretat, entre d'altres, incidència que havíem resolt mitjançant l'oportuna remissió a la interpretació feta de la disposició addicional novena.

Tanmateix, aquest article 187 té una estructura diferent, ja que és ell mateix el que fa la regulació ("és una circumscripció") i, el que és més important, imposa un mandat taxatiu i tancat amb l'expressió "la llei orgànica electoral ha de concretar aquesta determinació". En resum, es tracta d'una redacció de contingut idèntic al de la disposició addicional novena ("s'han de modificar"), la inconstitucionalitat del qual ja havíem declarat en el Fonament V en connexió amb la Llei orgànica del Poder Judicial.

Conseqüentment, i per les mateixes raons, l'article 187 és inconstitucional.

No obstant això, res no impedeix que l'Estatut incorpori aquesta regulació com un mandat dirigit als poders públics autonòmics, amb una redacció igual o similar a la que proposem: "La Generalitat instarà, mitjançant els instruments previstos a l'article 87.2 CE, la reforma de la Llei orgànica 5/1985, de règim electoral general, a fi 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."

9. Article 191.2 i esmena núm. 352 (participació en la negociació de tractats i convenis internacionals).

El número 2 de l'article 191 es refereix a la participació de la Generalitat en el procés de negociació dels convenis i tractats internacionals que afectin les seves competències, i imposa la incorporació d'un representant de la Generalitat en la delegació negociadora, així com l'emissió d'un informe pel Parlament respecte a l'objecte de l'esmentat conveni, que haurà de ser determinant. Cap objecció no hem de realitzar a aquest precepte, que no interfereix la competència exclusiva de l'Estat sobre l'anomenat treaty making power, i de forma general, en matèria de relacions internacionals.

En canvi, l'esmena 352 sí que afecta de ple aquesta competència exclusiva, en la mesura que l'emissió d'un informe que ha de ser vinculant, quan estiguin en joc les competències

exclusives de la Generalitat, condiciona de forma absoluta l'actuació de l'Estat i, de facto, opera una translació a la Generalitat de la competència prevista a l'article 149.1.3 CE, per la qual cosa no és viable constitucionalment.

Conseqüentment, l'article 191.2 és constitucional i, en canvi, l'esmena 352 és inconstitucional.

## **Fonament 9**

1. El títol V de la Proposta de Reforma tracta de forma particular les relacions entre l'Estat i la Generalitat de Catalunya, i en la seva secció tercera crea i regula la Comissió Bilateral Generalitat-Estat. Pel que fa a aquestes relacions, el principi de bilateralitat està clarament destacat a la Proposta de Reforma (art. 3.1) i es fa efectiu de forma concreta en diversos preceptes del títol IV dedicat a les competències de la Generalitat.

La importància d'aquest principi, i el fet que el seu contingut estigui present en preceptes de la Proposta de Reforma que formen part de títols diferents, ens ha portat a donar-hi un tractament diferenciat en el present dictamen.

L'article 3.1 de la Proposta de Reforma estableix que "les relacions de la Generalitat amb l'Estat es fonamenten en el principi de la lleialtat institucional mútua i es regeixen pel principi general segons el qual la Generalitat és Estat, pel principi d'autonomia, pel principi de plurinacionalitat de l'Estat i pel principi de bilateralitat, sense excloure l'ús de mecanismes de participació multilateral".

Si bé la Proposta de Reforma destaca la importància del principi de bilateralitat en les relacions Estat-Generalitat, la qual cosa és coherent amb el fet que el precepte forma part de la reforma de l'Estatut d'autonomia i, per tant, d'una norma paccionada, el mateix article 3.1 fa també esment de la necessitat de tenir en compte els mecanismes de participació multilateral. En aquest sentit, s'ha d'assenyalar que el desenvolupament dels mecanismes bilaterals no ha de fer oblidar la importància dels mecanismes de relació multilateral, essencials per al bon funcionament d'un Estat compost i fortament descentralitzat. Aquests últims mecanismes són necessaris per tal de definir conjuntament l'interès general en els àmbits de competència estatal i per tal de fixar les formes d'execució de les respectives competències per aconseguir un funcionament eficaç de les diverses administracions.

La Proposta de Reforma reconeix aquesta importància en preveure formes de relació multilateral de caràcter orgànic o procedimental en els seus articles 168.3, 169.2, 170 i 173 a 176.

Pel que fa a la bilateralitat, l'article 168.1 estableix el contingut essencial d'aquest principi: "La Generalitat i l'Estat s'han de prestar ajuda mútua i han de col·laborar quan sigui necessari per a l'exercici eficaç de les competències respectives i per a la defensa dels interessos respectius". Per la seva banda, l'article 177 crea i regula l'instrument fonamental per articular les relacions bilaterals, la Comissió Bilateral Generalitat-Estat, a la qual l'articulat de la Proposta de Reforma atribueix un nombre molt destacable de funcions. L'article 177 afirma que la Comissió "constitueix el marc general i permanent de relació entre la Generalitat i l'Estat", enumera les seves funcions i estableix que la seva actuació es produirà mitjançant la deliberació, l'emissió de propostes i l'adopció d'acords en els casos establerts a l'Estatut. Finalment, de forma genèrica es determinen els àmbits en els quals s'haurà de produir la seva intervenció (art. 177.2). Tots els preceptes fins ara examinats no plantegen cap problema de constitucionalitat.

Els dubtes de constitucionalitat els plantegen alguns preceptes que concreten la introducció de mecanismes de bilateralitat en l'exercici de determinades competències. Com a criteri general, per tal de reconèixer la constitucionalitat d'aquests preceptes, entenem que l'actuació de la Comissió Bilateral mitjançant deliberacions, propostes o acords haurà de ser compatible, en el seu cas, amb tècniques de relació multilaterals, i no podrà condicionar de forma imperativa l'exercici de competències estatals.

D'acord amb aquest criteris, entenem també que la utilització de mecanismes bilaterals

estarà més justificada si es tracta d'incidir en decisions que afecten de forma especialment intensa i singularitzada l'autonomia de la Generalitat de Catalunya, mentre que plantejarà més problemes de constitucionalitat si es tracta d'incidir en la definició d'interessos generals o en competències executives de l'Estat mitjançant la imposició de criteris de caràcter bilateral.

Aplicant aquests principis, passem a analitzar els preceptes que preveuen la utilització de mecanismes de relació bilateral i que plantegen problemes de constitucionalitat.

## 2. Article 132.3 (ports i aeroports d'interès general).

La qualificació d'un port o aeroport com d'interès general és competència exclusiva de l'Estat (art. 149.1.20 CE). Ara bé, en la mesura que aquesta decisió comporta atribuir a l'Estat la competència sobre unes infraestructures que condicionen de forma particular el desenvolupament econòmic de Catalunya, és raonable que la decisió estatal requereixi la deliberació i l'informe previ de la Comissió Bilateral.

Atès que en aquest cas l'instrument bilateral està justificat per l'afectació singular de la matèria a l'interès de Catalunya, i que la tècnica d'intervenció és un informe previ no vinculant, en aquest punt el precepte és constitucional.

No podem dir el mateix pel que fa a la frase final del precepte: "i la seva gestió correspon a la Generalitat".

Amb aquesta frase no es determina la intervenció de la Generalitat en el procediment per determinar quins ports o aeroports poden ser qualificats d'interès general, sinó que es pretén imposar la transferència de la seva gestió a la Generalitat.

Com ja hem dit, en matèria d'obres públiques d'interès general, correspon a l'Estat la competència exclusiva i, per tant, li correspon també la gestió. Només l'Estat pot decidir atribuir la gestió d'un port o aeroport d'interès general a la Generalitat de Catalunya, però aquesta decisió no li correspon a la norma estatutària.

Aquest fet queda confirmat per allò que estableix la disposició addicional tercera, apartat primer, lletra b, de la Proposta de Reforma, que reconeix que aquesta competència només podrà ser exercitada per la Generalitat mitjançant una llei orgànica de l'article 150.2 CE.

Cal concloure, doncs, que la frase final de l'article 132.3, "i la seva gestió correspon a la Generalitat", és inconstitucional.

## 3. Article 132.5 (règim especial dels ports de Barcelona i de Tarragona).

El règim jurídic del Port de Barcelona i del Port de Tarragona està condicionat per l'exercici que faci l'Estat de la seva competència en matèria de ports d'interès general (art. 149.1.20 CE). És a dir, si en exercici d'aquesta competència, l'Estat qualifica aquests ports com d'interès general (en l'actualitat és així), correspon a l'Estat determinar el seu règim jurídic.

L'apartat cinquè de l'article 132 condiciona l'exercici de la competència estatal, ja que preveu que aquests ports tindran un règim especial. Ara bé, es pot admetre la constitucionalitat d'aquest precepte en la mesura que es tracta d'una regulació que afecta de forma singular i amb especial intensitat l'autonomia de la Generalitat de Catalunya; en segon lloc, la Comissió Bilateral es limita a fer una proposta; i en tercer lloc, i aquest és un argument molt significatiu, el precepte estableix que aquest règim especial s'ha d'acordar per la Generalitat i l'Estat, cosa que implica que només amb l'acord de l'entitat competent en relació amb els ports d'interès general es podrà establir aquest règim especial de funcionament.

La redacció en present del precepte ("el Port de Barcelona i el Port de Tarragona tenen un règim especial de funcionament"), fa que es pugui qüestionar la seva constitucionalitat, atès que si bé aquest règim especial està condicionat a un acord previ Estat-Generalitat, sembla que el precepte imposi ja un règim especial al marge de la decisió de l'Estat.

Per aquesta raó, ens permetem suggerir una redacció alternativa: "el Port de Barcelona i el



Port de Tarragona tindran un règim especial de funcionament un cop ho acordin l'Estat i la Generalitat a proposta de la Comissió Bilateral Generalitat-Estat”.

#### 4. Article 132.7 (règim especial de l'Aeroport de Barcelona).

Ens remetem en la seva totalitat a allò que hem dit en examinar l'article 132.5.

#### 5. Article 132.10 (xarxa viària de Catalunya).

En virtut del que estableixen els números 21 i 24 de l'article 149.1 CE, l'Estat té competència exclusiva en matèria de carreteres que no es trobin íntegrament en el territori d'una sola comunitat autònoma. En aquests supòsits l'Estat és el titular de la xarxa viària i n'exerceix totes les competències.

En l'actualitat, les carreteres estatals són les integrades en un itinerari d'interès general o la funció de les quals en el sistema de transport afecti més d'una comunitat autònoma. Aquestes carreteres formen part de la Red de Carreteras del Estado (art. 4 de la Llei de l'Estat 25/1988, de 29 de juliol, de carreteres i camins). La competència de la Generalitat en matèria de carreteres es va assumir en el vigent article 9.14 EAC, de forma coherent amb el que acabem d'assenyalar, en els termes següents “carreteres i camins l'itinerari dels quals passi íntegrament per territori de Catalunya”.

Per aquesta raó, l'apartat 10 de l'article 132 és inconstitucional en la mesura que exigeix l'acord previ de la Generalitat per a qualsevol modificació funcional, ampliació o modificació del règim econòmic i financer dels elements que integren la xarxa viària de Catalunya “amb independència de llur titularitat”.

De fet, en aquest precepte no s'imposa un mecanisme de bilateralitat mitjançant la intervenció de la Comissió Bilateral, ja que simplement es condiona de forma determinant l'exercici d'una competència estatal (el règim de la xarxa viària de la seva titularitat) en exigir que l'exercici d'aquesta competència compti, en tot cas, amb l'acord previ de la Generalitat.

Malgrat la incorrecta redacció del precepte, que comporta la seva inconstitucionalitat, es pot admetre que la voluntat que va inspirar la seva redacció mereix ser defensada, si bé amb una altra redacció i fent ús dels mecanismes propis de la bilateralitat.

Pel fet d'existir una relació directa entre la xarxa viària estatal i la xarxa viària catalana (com reconeix la vigent i ja esmentada llei estatal de carreteres, en el seu art. 5), i tractar-se d'un cas en què l'exercici de la competència estatal afecta de forma singularitzada la competència de la Generalitat, és raonable introduir un mecanisme de relació bilateral mitjançant, per exemple, l'exigència d'un informe previ de la Comissió Bilateral en els supòsits a què fa referència l'article 132.10 de la Proposta de Reforma.

En qualsevol cas, cal concloure que l'apartat 10 de l'article 132 és inconstitucional pel que fa a la frase “amb independència de llur titularitat”. La supressió d'aquesta frase deixaria el precepte sense sentit.

#### 6. Article 145.3 (cultura).

En analitzar el contingut de l'apartat primer de l'article 145 de la Proposta de Reforma, hem afirmat que en matèria de cultura existeix un sistema singular de distribució competencial que hem qualificat de doble exclusivitat.

D'acord amb aquest criteri, la primera frase de l'apartat que examinem s'ha de considerar inconstitucional, en la mesura que, de nou, es condiona de forma determinant l'exercici d'una competència estatal, atès que s'exigeix l'acord previ de la Comissió Bilateral per tal que l'Estat pugui exercir una competència seva de caràcter exclusiu en matèria de cultura.

Qüestió diversa, com hem assenyalat en tractar l'article 132.10, és que la intervenció de la Comissió Bilateral es limités a l'emissió d'un informe, ja que aquest condicionament no vinculant de l'exercici de la competència estatal es justificaria pel fet de tractar-se d'una

actuació estatal amb una incidència singular i significativa sobre l'autonomia de Catalunya.

La frase final d'aquest apartat tercer de l'article 145 es pot entendre que és constitucional en la mesura que l'exigència d'un acord previ es limita als supòsits de la projecció internacional de la cultura catalana. Atesa l'especial afectació d'aquesta activitat estatal a l'interès de Catalunya, estaria justificat que la decisió estatal estigués condicionada a un acord que, per altra banda, es pren dintre d'una comissió bilateral.

Cal concloure que la primera frase de l'apartat tercer de l'article 145 és inconstitucional.

7. Article 157.4 (participació en sanitat i salut pública).

L'article 157.4 de la Proposta de Reforma diu:

“4 3. La Generalitat participa de manera efectiva, per mitjà de la Comissió Bilateral Generalitat-Estat, en la fixació de les bases i en la planificació i la coordinació estatal en matèria de sanitat i salut pública.”

Aquest precepte que, com hem dit en el Fonament VII, està mal numerat en la Proposta de Reforma, cal entendre'l com una concreció de l'article 177.2.a que, a la seva vegada, afirma, entre les funcions de la Comissió Bilateral Generalitat-Estat:

“2. Les funcions de la Comissió són deliberar, fer propostes i, si s'escau, adoptar acords en els casos establerts per aquest Estatut i, en general, amb relació als àmbits següents:

a) L'elaboració de projectes normatius de l'Estat que afectin les competències i els interessos de Catalunya, especialment quan es tracti de normes bàsiques o orgàniques i de les que tenen com a funció delimitar les competències, d'acord amb la Constitució i aquest Estatut.”

Aquest article 177, de redacció certament imprecisa, a més, s'inicia tot dient que la Comissió Bilateral Generalitat-Estat, d'acord amb els principis establerts, constitueix el marc general i permanent de relació entre la Generalitat i l'Estat segons els articles 3.1 i 168 que, al seu torn, indiquen que “les relacions de la Generalitat amb l'Estat [...] es regeixen [...] pel principi de bilateralitat, sense excloure l'ús de mecanismes de participació multilateral” (art. 3.1) i expressen uns criteris generals d'ajuda mútua i col·laboració (art. 168.1).

D'aquesta manera, l'article 157.4, interpretat de forma sistemàtica, significa que la Generalitat participa en la fixació de les bases i en la planificació i la coordinació estatal en matèria de sanitat i salut pública, quan aquestes afectin les competències i els interessos de Catalunya i que, si no els afectessin, caldria acudir als mecanismes de participació multilateral, essent l'expressió retòrica “de manera efectiva” del tot sobrer.

En conseqüència, l'article 157.4 de la Proposta de Reforma és constitucional, interpretat tal com s'ha exposat precedentment.

## **Fonament 10**

1. El títol VI de la Proposta de Reforma (“Del finançament”) estableix un nou model de finançament per a la Generalitat de Catalunya -tant pel que fa als ingressos com pel que fa a les despeses- i fixa també el marc general de les hisendes locals.

Per tal de pronunciar-nos sobre la constitucionalitat del model de finançament autonòmic, cal determinar, en primer lloc, quin és el marc constitucional en aquesta concreta matèria.

2. El sistema de finançament dels estats compostos pot articular-se segons un sistema d'unió, un sistema de separació, o un sistema mixt que combini aspectes de tots dos. En el sistema d'unió, el poder central es reserva la titularitat exclusiva per establir i recaptar els tributs, atribuint després als ens descentralitzats una determinada quantitat de recursos via transferència, en funció de les responsabilitats d'aquestes entitats. En el sistema de separació, es distribueixen els tributs entre els diferents nivells de govern, i cadascun d'aquests exerceix de forma exclusiva la potestat normativa i de gestió sobre els tributs de la

seva titularitat.

En el cas de la Constitució espanyola es va optar, pel que fa al règim general, pel sistema mixt, en la mesura que es contempla la figura dels impostos cedits, es preveu la participació de les comunitats autònomes en ingressos estatals, i s'habilita la possibilitat de la delegació o la col·laboració de les comunitats autònomes en la recaptació, la gestió i la liquidació de recursos tributaris de l'Estat.

La concreció d'aquest model va restar, no obstant, molt oberta. Per aquesta raó, tant els estatuts d'autonomia com la Llei orgànica esmentada a l'article 157.3 CE han de desenvolupar un paper important en la fixació del sistema de finançament autonòmic.

3. La Constitució reconeix a les comunitats autònomes autonomia financera per al desenvolupament i l'execució de les seves competències, d'acord amb els principis de coordinació amb la hisenda estatal i de solidaritat entre tots els espanyols.

Com ha dit el Tribunal Constitucional en la Sentència 14/1986, de 31 de gener (FJ 2), la hisenda privativa de les comunitats autònomes "es no tanto una competencia que se reconoce a las Comunidades Autónomas, cuanto una exigencia previa o paralela a la propia organización autónoma" (en el mateix sentit, STC 63/1986, de 21 de maig, FJ 4, i 183/1988, de 13 d'octubre, FJ 1).

Ara bé, reconegut el dret a l'autonomia financera, el qual es vincula al contingut de les competències i, en última instància, al mateix reconeixement de l'autonomia política, cal precisar l'abast d'aquest dret i conèixer a quina entitat li correspon en primera instància la funció de fixar-lo.

Pel que fa a aquesta última qüestió, si bé, com hem dit, la Constitució estableix un model obert i amb una àmplia remissió als estatuts, no es pot afirmar que estiguem davant d'un sistema desconstitucionalitzat en el qual no s'hagi atribuït a l'Estat cap mena d'intervenció prevalent.

La Constitució atribueix a l'Estat la potestat de "planificar l'activitat econòmica general per a atendre les necessitats col·lectives, equilibrar i harmonitzar el desenvolupament regional i sectorial i estimular el creixement de la renda i de la riquesa i la distribució més justa d'aquesta darrera" (art. 131.1), i "la potestat originària per a establir els tributs" (art. 133.1). Al mateix temps, li imposa les obligacions de garantir "la realització efectiva del principi de solidaritat consagrat en l'article 2 de la Constitució", de vetllar "per l'establiment d'un equilibri econòmic adequat i just entre les diverses parts del territori espanyol", i d'atendre "assenyaladament les circumstàncies del fet insular" (art. 138.1 CE).

De forma conseqüent, la mateixa Constitució atribueix a l'Estat la competència exclusiva en matèria d'hisenda general (art. 149.1.14 CE), així com la potestat per dictar una llei orgànica per regular "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" (art. 157.3 CE).

4. En termes generals, es pot afirmar que la competència estatal en matèria d'hisenda general abasta el conjunt de normes i decisions que es refereixen subjectivament a l'essencial estructura funcional i orgànica de totes les hisendes públiques, i objectivament als principis i elements determinants de la coherència del sistema tributari.

Aquesta afirmació ve avalada per la doctrina del Tribunal Constitucional, la posició del qual va quedar perfectament resumida en la seva Sentència 192/2000, de 13 de juliol (FJ 6), en la qual afirmà que: "la indudable conexión existente entre los artículos 133.1, 149.1.14 y 157.3 CE determina que el Estado sea competente para regular no sólo sus propios tributos, sino también el marco general de todo el sistema tributario y la delimitación de las competencias financieras de las Comunidades Autónomas respecto de las del propio Estado".

D'acord amb el Tribunal Constitucional, en virtut de la competència de l'article 149.1.14 CE, l'Estat té la potestat per establir les característiques generals i fonamentals del sistema fiscal i

la supremacia en la determinació i adscripció de les figures bàsiques tributàries del sistema.

5. L'altre instrument que la Constitució atribueix a l'Estat és la llei orgànica prevista a l'article 157.3, que s'ha convertit en la Llei orgànica 8/1980, de 22 de setembre, de finançament de les comunitats autònomes (en endavant, LOFCA). La mateixa indeterminació del model de finançament en el text de la Constitució, atesa la també indeterminació del sistema d'organització territorial de l'Estat, va portar a remetre la concreció final a una llei orgànica posterior. Com ha dit el Tribunal Constitucional, "la Constitució no predetermina cuál haya de ser el sistema de financiación autonómica, sino que atribuye esa función a una Ley Orgánica, que cumple de este modo una función delimitadora de las competencias financieras estatales y autonómicas previstas en el artículo 157 CE" (STC 192/2000, de 13 de juliol, FJ 4).

Per tal que la llei orgànica a què fa referència l'article 157 pugui complir aquesta funció, la LOFCA té caràcter competencial. Així ho ha reconegut també el Tribunal Constitucional en una reiterada jurisprudència (STC 179/1987, de 12 de novembre, FJ 2; 181/1988, de 13 d'octubre, FJ 7; 183/1988, de 13 d'octubre, FJ 3; 250/1988, de 20 de desembre, FJ 1; 150/1990, de 4 d'octubre, FJ 3 i 9; 68/1996, de 18 d'abril, FJ 9, i 192/2000, de 13 de juliol, FJ 4). En la Sentència 68/1996 (FJ 9), el Tribunal afirmà que l'article 157.3 pretén "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 posició rellevant de la LOFCA en el moment de concretar el model de finançament autonòmic no pot oblidar el paper igualment destacat dels estatuts d'autonomia en aquesta matèria i el fet que la remissió que l'article 157.3 de la Constitució fa a una llei orgànica conté l'expressió "podrà".

D'aquesta forma, s'estableix una singular relació entre la LOFCA i els estatuts d'autonomia, ja que a l'Estatut d'autonomia li correspon atribuir el poder tributari a la mateixa comunitat autònoma.

D'acord amb aquestes premisses, entenem que no es pot identificar la previsió de l'article 157.3 CE amb els altres supòsits en els quals la Constitució condiona la competència autonòmica a l'existència d'una prèvia llei orgànica estatal (art. 149.1.29 i 152.1 CE), en la mesura que la Constitució estableix en aquests dos preceptes que la llei orgànica delimitarà l'abast de la competència autonòmica. I això justifica que la llei orgànica de finançament de les comunitats autònomes no estigui inclosa en la disposició addicional novena de la Proposta de Reforma.

En el cas de l'article 157.3 CE, com s'ha dit, s'estableix una situació facultativa, de forma que, per a la configuració de les competències financeres autonòmiques, s'habilita el legislador estatal per poder actuar si ho creu convenient.

Per aquesta raó, les normes estatutàries relatives al sistema financer autonòmic podran aplicar-se encara que no existeixi la llei orgànica de l'article 157.3 CE, si bé, com ara estipula la disposició addicional setena EAC, l'exercici de les competències així assumides s'haurà d'ajustar a allò que, en el seu cas, estableixi la llei orgànica de l'article 157.3 CE.

Igualment, la posició de referència de la LOFCA haurà d'aplicar-se tenint en compte la importància dels estatuts com a normes atributives de competència en aquesta matèria, de forma que, com diu la vigent LOFCA en la seva disposició final única, les normes d'aquesta llei s'hauran d'interpretar harmònicament amb les normes contingudes als estatuts d'autonomia.

En definitiva, el sistema constitucional de distribució de competències en matèria de finances públiques s'articula sobre la base de la relació entre la potestat estatal que deriva de l'article 149.1.14 CE, l'àmplia competència de les comunitats autònomes per definir el contingut de la pròpia autonomia financera i la potestat estatal per reconduir el sistema a un model coherent mitjançant la Llei orgànica de l'article 157.3. Per aquesta última raó, 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.

6. El principi d'autonomia financera reconegut a l'article 157.1 CE comporta, com ha dit el Tribunal Constitucional, "la plena disposició de medios financieros para poder ejercer, sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión, las competencias propias, en especial las que se configuran como exclusivas" (STC 201/1988, de 27 d'octubre, FJ 4). En el mateix sentit es va establir que aquesta autonomia "supone 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).

Conseqüentment, el sistema de finançament que dissenyi l'Estat i concreti la LOFCA haurà de tenir en compte que s'ha de garantir l'autonomia financera de les comunitats autònomes. Al mateix temps, seran les comunitats autònomes mateixes les que podran establir en el seu Estatut els principis que facin efectiva la seva autonomia financera, dintre de l'ampli marge de llibertat que ha de permetre la normativa estatal.

7. El funcionament d'aquest model mixt de finançament autònom requereix que l'Estat i comunitats autònomes actuïn de forma coordinada. Com ja hem vist, la Constitució atribueix a l'Estat la competència per establir "les possibles formes de col·laboració financera entre les Comunitats Autònomes i l'Estat" (art. 157.3). Però la coordinació també es pot aconseguir mitjançant mecanismes bilaterals, tal com posen en relleu l'article 45.2, la disposició addicional 6.3 i la disposició transitòria 3 EAC. Com ha dit el Tribunal Constitucional, "la consolidación y el correcto funcionamiento del Estado de las Autonomías dependen en buena medida de la estricta sujeción de uno y otras a las fórmulas racionales de cooperación, consulta, participación, coordinación, concertación o acuerdo previstas en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía. Y en el caso de la cesión de tributos, la cuestión afecta muy directamente al derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones (art. 2 de la Constitución), y en particular a su autonomía financiera (art. 156.1 de la Constitución), debiendo considerarse el sistema establecido en la disposición adicional sexta, 3, del Estatuto de Autonomía de Cataluña también 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).

Conseqüentment, la introducció de mecanismes de cooperació bilateral i de participació de la Generalitat de Catalunya en la presa de decisions estatals forma part també del model de finançament.

8. Finalment, cal assenyalar que l'autonomia financera ha de ser compatible amb dos principis: la suficiència dels recursos i la solidaritat entre tots els espanyols (art. 156.1 i 158 CE). Aquest últim principi té, de fet, un doble vessant: negatiu per una banda, en tant que condiona l'exercici de l'autonomia financera (art. 156.1), i positiu per l'altra, en la mesura que imposa a l'Estat una conducta activa per fer-lo efectiu (art. 131.1, 138.1 i 158.2 CE).

Com a límit, el principi de solidaritat obliga també les comunitats autònomes (STC 64/1990, de 5 d'abril, FJ 7, i 150/1990, de 4 d'octubre, FJ 11), però de forma destacada el principi de solidaritat obliga l'Estat a dur a terme les actuacions necessàries per tal que el sistema en el seu conjunt sigui solidari. Per tal que pugui dur a terme aquesta funció, la Constitució estableix dos mecanismes: el fons estatal d'anivellament i el fons de compensació interterritorial (art. 158 CE).

9. Del que hem exposat fins ara en relació amb el model de finançament, cal concloure que la Constitució de 1978 dissenya un sistema general de finançament de les comunitats

autònomes fonamentat en els principis següents:

a) La Constitució no imposa un model concret. Admet diverses solucions finals i reconeix un ampli protagonisme als estatuts en la configuració d'aquest model final.

b) La Constitució atribueix a l'Estat la competència per establir els elements estructurals del sistema de finançament, la qual cosa suposa que la columna vertebral del sistema tributari (Impost sobre la Renda de les Persones Físiques, Impost sobre Societats i Impost sobre el Valor Afegit) ha de quedar, pel que fa als seus elements essencials, en mans de l'Estat (art. 149.1.14 CE).

c) La Constitució situa en un lloc rellevant una llei orgànica (la LOFCA) per tal de coordinar el sistema (art. 157.3 CE).

d) La Constitució reconeix el principi d'autonomia financera, vinculat a l'exercici de les competències autonòmiques i condicionat pels principis de coordinació amb la hisenda estatal i de solidaritat de tots els espanyols (art. 156.1 CE).

e) La Constitució permet una àmplia participació de les comunitats autònomes en la determinació del seu sistema de finançament mitjançant mecanismes bilaterals i multilaterals.

f) La Constitució garanteix a les comunitats autònomes uns recursos sense fixar ni la seva atribució concreta ni la seva quantia.

10. Un cop hem exposat els elements essencials del model constitucional del sistema general de finançament de les comunitats autònomes, procedeix ara examinar si el model establert en el títol VI de la Proposta de Reforma és conforme o no amb el text constitucional. Per tal de donar resposta a aquesta pregunta, analitzarem en primer lloc el contingut general del nou model que s'estableix en el capítol I d'aquest títol de la Proposta de Reforma ("les finances de la Generalitat", art. 196 a 205) i, a continuació, farem referència als preceptes concrets del títol VI que han plantejat dubtes de constitucionalitat.

A) El model que s'estableix al Projecte de Reforma es caracteritza pels següents elements essencials:

- La Generalitat és competent per recaptar tots els impostos suportats a Catalunya.
- La Generalitat té competència normativa i responsabilitat fiscal sobre tots els impostos suportats a Catalunya, i també participa en els seus rendiments.
- L'Estat participa en la recaptació pels impostos cedits totalment o parcial a Catalunya.
- La Generalitat participa en aportacions de solidaritat a les altres comunitats autònomes, en funció de la recaptació a Catalunya i la mitjana estatal, a través dels mecanismes de solidaritat que estableix la Constitució.

Aquest model respecta el marc constitucional en la mesura que es respecten els seus principis bàsics. Així es reconeix la capacitat normativa estatal, la necessària coordinació amb l'Estat en l'exercici de la gestió tributària, la funció constitucional de la LOFCA i el respecte al principi de solidaritat.

B) Feta aquesta primera valoració general, analitzarem alguns preceptes que han plantejat dubtes de constitucionalitat.

a) L'article 198 estableix el sistema general de distribució de competències entre la Generalitat i l'Estat en matèria financera. En el seu apartat segon s'afirma que "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 corresponguin a les Corts Generals i a les institucions europees."

Aquesta àmplia atribució de potestat normativa i de responsabilitat fiscal serà constitucional en la mesura que es respectin les competències normatives que, com hem vist, la Constitució reconeix a l'Estat (art. 149.1.14 CE). Certament, el precepte transcrit sembla respectar aquestes competències en virtut del recurs a la coneguda clàusula "sens perjudici de les competències que corresponen a les Corts Generals". L'apartat tercer també sembla posar

de manifest que la competència normativa de la Generalitat prevista a l'apartat segon no és exclusiva, atès que, en garantir un contingut mínim a la llei catalana, admet que existirà una altra normativa en la mateixa matèria.

Malgrat això, el fet cert és que la redacció de l'apartat segon, en afirmar que la Generalitat té "la" capacitat normativa i "la" responsabilitat fiscal sobre tots i cadascun dels impostos, estableix una reserva de tota la potestat normativa i tota la responsabilitat fiscal a la Generalitat. Aquesta lectura fa inconstitucional el precepte.

Atesa la importància d'aquesta matèria, el rigor normatiu ha de ser total. No es pot admetre una redacció que, si bé permet altres interpretacions, també comporta una lectura de contingut inconstitucional.

Consegüentment, cal concloure que l'article 198.2 de la Proposta de Reforma és inconstitucional pel que fa a les expressions "...la capacitat normativa i la responsabilitat fiscal...". El precepte seria constitucional si diguéssim: "La Generalitat té capacitat normativa i responsabilitat fiscal...".

Pel que fa a l'apartat tercer d'aquest mateix article, el seu contingut garanteix a la Generalitat la potestat d'intervenir en la fixació dels elements essencials dels tributs i, especialment, en la determinació del tipus efectiu corresponent. D'aquesta forma, certament es condiciona l'exercici de la potestat estatal en el moment de regular la cessió d'impostos, però entenem que l'amplitud de la forma emprada, que es limita a dir que la Generalitat haurà "d'intervenir", no suposa una limitació inconstitucional de la potestat estatal de regular els elements bàsics dels tributs de la seva titularitat que cedeix a les comunitats autònomes.

b) L'article 199 atribueix a l'Agència Tributària de Catalunya la responsabilitat de la gestió, la recaptació, la liquidació i la inspecció de tots els tributs propis i cedits.

Aquesta àmplia competència de gestió, atribuïda directament per la Proposta de Reforma a una entitat de la Generalitat de Catalunya, és una conseqüència lògica de la també àmplia potestat normativa i responsabilitat tributària de la mateixa Generalitat.

L'actuació de l'Agència Tributària de Catalunya haurà de ser, en tot cas, en coordinació o en règim de consorci amb l'Administració Tributària de l'Estat. D'aquesta forma, l'article 199 respecta el principi de coordinació i precisa la referència genèrica de l'article 156.2 CE al fet que les comunitats autònomes puguin actuar en col·laboració amb l'Estat per a la recaptació, la liquidació i la gestió dels recursos tributaris del mateix Estat.

El fet que l'article 199 deixi oberta la possibilitat d'utilitzar instruments de coordinació o, de forma molt especial, de consorciació, no planteja problemes de constitucionalitat i hauran de ser les dues entitats implicades les que valorin quina de les dues tècniques permet fer efectius, de la millor manera possible, el respecte a l'autonomia de gestió i l'eficàcia general del sistema de finançament públic. En aquest sentit, entenem que la utilització d'elements propis d'una relació consorciada evitaria de forma més segura els dubtes que es poguessin presentar sobre l'actuació de l'Agència Tributària de Catalunya.

Cal concloure que l'article 199 és constitucional.

c) L'article 200 fa referència al mecanisme de participació en la recaptació dels impostos cedits totalment o parcial.

El precepte estableix de fet un procediment, un criteri general per calcular la participació, i un percentatge concret que, en tot cas, s'haurà de respectar.

La referència al procediment bilateral de la Comissió Mixta, establert a l'article 205 no planteja problemes, sobretot si es té en compte que l'apartat primer del mateix article 205 diu que "la Comissió Mixta de Relacions Fiscals i Financeres Estat-Generalitat exerceix les seves funcions sens perjudici dels acords subscrits pel Govern de Catalunya en el Consell de Política Fiscal i Financera".

Tampoc no ofereix problemes el fet que es digui que s'haurà de fixar el percentatge de participació que correspongui a l'Estat en els diferents impostos cedits parcialment. Qüestió diferent és que l'Estatut determini ja una quantia concreta que, si no és una quantia fixa, sí que és un topall. En dir que el percentatge no ha d'ésser en cap cas superior al 50%, es pren una decisió que, si bé pot ser raonable, no correspon establir-la a l'Estatut. La determinació de la participació en els impostos cedits afecta el conjunt del sistema de finançament i haurà de ser fixada d'acord amb els criteris generals establerts a la LOFCA.

Cal concloure que la frase final "aquest percentatge no ha d'ésser en cap cas superior al 50%" és inconstitucional.

d) L'article 202 estableix uns principis generals per a la concreció del principi de solidaritat. Com ja hem dit, aquest principi obliga les comunitats autònomes i l'Estat i l'article 158 CE atribueix a l'Estat els mecanismes per tal de fer-lo efectiu.

Consegüentment, correspon a l'Estat la concreció del principi de solidaritat mitjançant els mecanismes financers d'anivellament i el Fons de Cooperació. No pot, doncs, l'Estatut, imposar el contingut d'aquestes decisions estatals. Ara bé, l'article 202 no estableix cap contingut concret i es limita a introduir uns principis generals per tal de concretar aquests mecanismes de solidaritat i la regla de la seva avaluació quinquennal. Per tant, el precepte és constitucional.

e) L'article 213 atribueix a la Generalitat la competència legislativa per establir i regular els tributs propis dels governs locals. Aquesta competència legislativa autonòmica haurà de respectar la competència estatal en matèria d'Hisenda general (art. 149.1.14 CE), en els termes abans expressats, així com la competència estatal en matèria de règim local, segons hem exposat en tractar els articles 112, 113 i 199 en aquest dictamen.

Atès que l'article 213 fa expressa referència al marc normatiu general dins del qual s'haurà d'exercir aquesta competència legislativa ("en el marc establert per la Constitució Espanyola"), el precepte és constitucional.

f) La funció del cadastre és essencial per a la gestió del sistema tributari. L'article 216 atribueix a la Generalitat l'ordenació i la gestió del cadastre, però atesa la importància d'aquest instrument, reconeix la funció coordinadora de l'Estat, la qual cosa evita qualsevol dubte sobre la constitucionalitat del precepte.

La posició dels ens locals és també reconeguda en preveure's la possibilitat de subscriure convenis amb aquests per a la gestió dels respectius cadastres.

Cal concloure que l'article 216 és constitucional.

11. Les esmenes 357 a 372 contenen un model alternatiu al títol VI del finançament.

Per tal de valorar la constitucionalitat del model en el seu conjunt i dels preceptes que es proposen, ens remetem a allò que hem exposat en els apartats anteriors d'aquest Fonament.

D'acord amb aquells criteris, el model que s'estableix en les esmenes 357 a 372 és inconstitucional en la mesura que nega la competència normativa estatal per fixar els principis de la Hisenda general (art. 149.1.14 CE), juntament amb la intervenció de la LOFCA (art. 157.3 CE) i la potestat de coordinació estatal, imposa una Agència Tributària pròpia no coordinada, imposa un model de relació exclusivament bilateral mitjançant la figura del concert i crea figures normatives no previstes a la Constitució, com ara la llei paccionada.

D'acord amb aquests criteris, són inconstitucionals les següents esmenes:

a) Esmena 358. Preveu la creació d'una hisenda autònoma sense referència a les potestats normatives estatals.

b) Esmena 359. Imposa un únic mecanisme de relació bilateral, preveu l'aprovació d'una llei



paccionada i prefigura un règim de concert econòmic no previst a la Constitució per a la Generalitat de Catalunya.

c) Esmena 360. Si bé en la seva lletra a fa esment al respecte de l'estructura general impositiva de l'Estat, després no es fa referència a la potestat normativa estatal i es limita la fixació dels criteris de coordinació, harmonització fiscal i col·laboració a allò que determini l'Estatut, negant la intervenció de la llei prevista a l'article 157.3 CE.

d) Esmena 361. La determinació de l'aportació de la Generalitat a l'Estat es fixa de forma exclusiva mitjançant un mecanisme bilateral, al marge de la recaptació dels tributs generals i s'haurà de fixar mitjançant una llei paccionada.

e) Esmena 362. La creació d'una Agència Tributària de Catalunya no preveu cap mecanisme de coordinació o consorciació amb l'Administració de l'Estat, limitant-se a dir que podrà lliurement establir formes de col·laboració amb l'Administració tributària de l'Estat.

f) Esmena 364. Per connexió amb el que hem dit en tractar l'esmena 360, aquesta també és inconstitucional.

g) Esmena 369. Aquesta esmena relativa al cadastre és inconstitucional en no preveure cap mecanisme de coordinació amb l'Administració estatal, ni convenis amb els ens locals.

h) Esmena 371. En atribuir-se a la Generalitat la competència exclusiva en matèria de finançament local, sense cap remissió a la competència estatal en matèria d'Hisenda general i de bases del règim local, l'esmena és inconstitucional.

Finalment, hem de posar en connexió les consideracions fetes en relació amb les esmenes 357 a 372 amb la disposició addicional primera de la Proposta de Reforma. Com ja hem examinat, en aquesta disposició es pretén recollir a l'Estatut d'autonomia de Catalunya el contingut de la disposició addicional primera de la Constitució i, en virtut d'aquesta, fixar el règim competencial de la Generalitat a partir del respecte d'uns previs drets històrics, dintre dels quals s'inclouria un règim de finançament propi i diferenciat per a Catalunya.

Doncs bé, com ja hem dit en tractar d'aquesta disposició addicional de la Proposta de Reforma, aquesta reconeix els drets històrics només als territoris forals d'Àlava, Guipúscoa i Biscaia, i a Navarra, i pel que fa al seu contingut, reconeix els drets històrics que s'havien mantingut en el temps fins al moment de l'aprovació de la Constitució. Conseqüentment, ni Catalunya és titular de drets històrics que permetin establir un règim diferenciat de competències, ni gaudia d'un règim singular de finançament mantingut al llarg del temps en el moment d'aprovar-se la Constitució. Per tant, la inconstitucionalitat de la disposició addicional primera no permet declarar la constitucionalitat de les esmenes abans examinades.

Cal concloure que les esmenes 358, 359, 360, 361, 362, 364, 369 i 371 són inconstitucionals.

## **Fonament 11**

1. Els articles 217 i 218 regulen el procediment de reforma de l'Estatut. Abans d'entrar en l'examen concret d'ambdós preceptes, hem de veure de quina manera la naturalesa de l'Estatut com a norma bilateral i paccionada condiona aquest procediment, tant pel que es refereix a l'abast que s'hagi de donar al contingut de l'article 147.3 CE, que requereix l'aprovació de la reforma per les Corts Generals "mitjançant llei orgànica", com pel marge de llibertat de què disposa el legislador estatuent en fer aquesta regulació.

Amb relació al primer aspecte, entenem que l'expressió citada no significa "mitjançant el procediment de llei orgànica". En efecte, aquest procediment, en realitat, no és cap altre que el procediment legislatiu ordinari, amb les seves diferents etapes de ponència, comissió i ple, amb tres excepcions: l'exclusió de la iniciativa legislativa popular, la impossibilitat que els projectes o proposicions de llei orgànica es tramitin com a lleis de comissió i, finalment, l'exigència, una vegada aprovat l'articulat, d'una votació sobre la totalitat del text en què és necessari el vot favorable de la majoria absoluta dels membres del Congrés dels Diputats. Si s'utilitzés aquest procediment per a la tramitació dels estatuts d'autonomia, s'afectaria

greument el seu caràcter paccionat. És per això que l'article 151 CE va imposar una fórmula procedimental diferent que sí que garanteix l'esmentat caràcter paccionat. Conseqüentment, el que significa l'expressió al·ludida de l'article 147.3 CE és que el procediment serà el determinat pels mateixos estatuts, requerint-se, a més, la votació pròpia de les lleis orgàniques, amb majoria absoluta en el Congrés dels Diputats.

Amb relació a la segona qüestió, entenem que la potestat estatutària per determinar el procediment de reforma és limitada, ja que el que en cap cas no es podrà fer és regular-lo de tal manera que el privi, precisament, d'aquest caràcter de bilateralitat que li és imprescindible. I això significa que la intervenció de les Corts Generals només de forma excepcionalíssima podrà limitar-se a un vot de ratificació. Per contra, entenem que pacte significa negociació i, conseqüentment, reconeixement als diferents grups parlamentaris de la possibilitat de presentar esmenes, d'acord amb les previsions contingudes als respectius reglaments de les cambres.

2. En vista de tot això, només farem dues consideracions específiques.

A) L'article 217 ha previst un procediment simplificat de reforma per als casos en què només els títols I i II de l'Estatut resultin afectats, procediment simplificat en el qual la intervenció de les Corts Generals queda reduïda a un vot de ratificació. Aquesta opció respon a la consideració que la reforma d'aquests títols no incideix en les relacions de la Generalitat amb l'Estat, sinó en qüestions de naturalesa interna. No obstant això, hem de recordar que aquesta afirmació pot no ser certa, com es demostra clarament, per exemple, de la lectura de l'article 37.2 (que es troba en el títol I i, tanmateix, regula matèria pròpia del Poder Judicial). En qualsevol cas, sembla imprescindible que es reconegui a les Corts Generals la potestat per decidir per si mateixes si es declaren afectades per la reforma o no, amb una expressió similar a la continguda en les lletres b i c de l'article 57 del vigent Estatut.

En la mesura que aquesta previsió no s'ha incorporat, l'article 217.1.b és inconstitucional.

B) L'article 218, referit al procediment abreujat, sembla donar a les Corts Generals la possibilitat d'optar per un tràmit de pura i simple ratificació, o bé per un tràmit de negociació al si d'una comissió mixta paritària en el Congrés dels Diputats i, en el seu cas, en el Senat, una vegada rebuda la proposta de reforma. És aquesta una solució arriscada, ja que el vot de ratificació impedeix la negociació i, conseqüentment, impedeix a les Corts Generals l'examen detallat de la proposta, la presentació d'esmenes i la conseqüent negociació.

No obstant això, entenem que la seva constitucionalitat pot acceptar-se per dues raons: en primer lloc, són les dues cambres les que decideixen, d'acord amb els seus reglaments, l'opció que considerin més adequada; i, a més, no s'ha d'excloure la possibilitat de propostes de reforma de petita importància, per a les quals no seria necessària la implementació d'un tràmit tan complex com el regulat per les lletres d i f d'aquest article 218.1.

Així interpretat, l'article 218.1, en la seva lletra d, és constitucional.

## **Fonament 12**

Finalment examinarem les disposicions addicionals tercera i novena.

1. Disposició addicional tercera (transferència de competències).

A l'apartat 1 d'aquesta disposició s'estableix una fórmula per dur a terme la transferència de competències de l'Estat a la Generalitat, segons les previsions de l'article 150.2 CE, en diversos àmbits competencials que actualment corresponen de forma exclusiva a l'Estat. La previsió de la Proposta de Reforma és, a aquests efectes, la següent:

“1. La Generalitat, en els termes que estableix l'apartat 2, exerceix les competències en les matèries següents: [...]”.

Després d'aquest incís, s'inclou una llista de matèries a transferir que es divideix en deu lletres.

Per la seva banda, l'apartat 2 concreta la forma de la transferència en els termes següents:

“L'assumpció efectiva de les competències que estableix l'apartat 1 s'ha de portar a terme mitjançant una llei orgànica de transferència de les que estableix l'article 150.2 de la Constitució” .

Aquesta previsió de la Proposta de Reforma ens obliga a fer les observacions que segueixen.

La Constitució preveu, en efecte, en el seu article 150.2, que “l'Estat podrà transferir o delegar a les Comunitats Autònomes, mitjançant una llei orgànica, facultats corresponents a una matèria de titularitat estatal que per la seva naturalesa siguin susceptibles de transferència o delegació. La llei preveurà en cada cas la transferència corresponent de mitjans financers i també les formes de control que l'Estat es reservi”.

En primer lloc, cal afirmar que aquesta previsió de la disposició addicional tercera referida a competències que en l'actualitat pertanyen a l'Estat és concebuda com una facultat d'assumpció futura de competències que depèn de la prèvia decisió de les Corts Generals. En aquest sentit, i formulada en els termes exposats, no es pot entendre que la Proposta de Reforma estigui adreçant un mandat explícit a l'Estat per tal que les previsions contingudes a la disposició addicional tercera s'acompleixin de forma imperativa. Més concretament, la potestat genèrica de les Corts Generals per decidir, en l'exercici de la potestat legislativa que li correspon, sobre la procedència d'aquesta modificació extraestatutària de competències, resta garantida. En cap cas és qüestionada.

No obstant això, en relació amb la formulació més específica que es preveu a la dita disposició addicional tercera, no es pot arribar a la mateixa conclusió perquè és evident que el seu contingut predetermina la forma jurídica a través de la qual les Corts Generals han de procedir per fer efectiva l'assumpció d'unes futures competències per part de la Generalitat de Catalunya, en la mesura que determina que haurà de ser -específicament- a través d'una llei orgànica de transferència, de les que estableix l'article 150.2 CE. És a dir, la Proposta de Reforma està prenent una decisió, quant a la forma que ha d'adoptar el legislador estatal per fer efectiva l'assumpció de competències, quan estableix que aquesta s'ha de fer a través d'una llei orgànica de transferència. Per contra, l'article 150.2 CE atribueix a l'Estat la potestat de decidir respecte d'aquesta qüestió, de manera que aquest pot triar entre una llei orgànica de transferència o una llei orgànica de delegació de competències.

En relació amb aquesta qüestió, hem de tenir presents les diferències que en l'ordre jurídic existeixen entre la transferència o la simple delegació, que són dues tècniques en les quals, si bé l'Estat sempre pot recuperar allò que ha transferit o delegat mitjançant una nova llei orgànica, en el cas de la delegació s'entén que els seus poders de supervisió sobre l'activitat de la comunitat autònoma poden ser superiors. En conseqüència, és únicament a l'Estat, a través de les Corts Generals, a qui correspon decidir el tipus de llei (i, per tant, les condicions) que l'habiliten perquè una competència seva passi a l'òrbita de l'autogovern de la comunitat autònoma. L'Estatut no pot predeterminar o condicionar la seva decisió.

En conseqüència, la disposició addicional tercera és constitucional, sempre que en el seu contingut no s'especifiqui el caràcter de la llei orgànica mitjançant la qual s'haurà de fer efectiva en el futur l'assumpció de les competències que són enunciades a l'apartat 1. També, i de forma alternativa, la constitucionalitat es pot preservar si l'esmentada disposició addicional tercera, en referir-se a la llei orgànica, afegeix “[...] de les previstes a l'article 150 CE”.

2. Disposició addicional novena (modificació de lleis per a l'efectivitat plena de l'Estatut).

Ja ens hem referit extensament a aquesta disposició addicional en el Fonament V, dedicat al Poder Judicial, així com en el Fonament I. L'Estatut d'autonomia, dèiem, no és l'instrument constitucionalment adequat per modificar lleis orgàniques o ordinàries de competència estatal, en la mesura que aquesta regulació les converteix en indisponibles per a les Corts

Generals i limita de forma clara l'exercici de la seva potestat legislativa. No obstant això, hem acceptat la possibilitat que l'Estatut realitzi aquesta intervenció, sempre que l'eficàcia dels preceptes estatutaris afectats, que estrictament no són tals, quedi diferida a la decisió del legislador estatal modificant les lleis orgàniques o ordinàries corresponents, i d'acord amb dos requisits que ens semblen imprescindibles: els preceptes estatutaris la vigència dels quals queda diferida, han de ser especificats de forma precisa, a fi d'evitar problemes de seguretat jurídica; i, a més, la norma que realitza aquesta operació no s'ha d'articular com un mandat al legislador estatal, perquè no seria vàlid un condicionament d'aquest tipus en matèries que són de la seva exclusiva competència.

Doncs bé, com dèiem en el Fonament V, la disposició addicional novena no compleix cap d'aquestes exigències. No solament conté una notable dosi d'ambigüitat en utilitzar expressions com "plena efectivitat" i "en els aspectes que calgui perquè els preceptes estatutaris corresponents...", sinó que el mandat és explícit i contundent ("s'han de modificar"). És per això que hem declarat la inconstitucionalitat d'aquest primer incís en relació amb la modificació de la Llei orgànica del Poder Judicial; inconstitucionalitat que ara hem de confirmar de forma general.

No obstant això, aquest problema pot resoldre's mitjançant una redacció diferent de l'esmentat incís, del tipus de la que havíem proposat en el Fonament V:

"L'eficàcia dels preceptes d'aquest Estatut que s'especifiquen a continuació es produirà una vegada hagin estat modificades, d'acord amb el contingut previst en aquests, les lleis orgàniques o ordinàries següents:"

Pel que fa a l'especificació dels preceptes l'eficàcia dels quals queda diferida a la modificació de les lleis orgàniques o ordinàries corresponents, que també havíem dit que és necessari, entenem que són els següents:

A) Articles 37.2; 90.2,3,5 i 6; 92 a 95; 96.1,2 i 3; 98.1.a, b i k; 102.1 i 2, i 103, en relació amb la Llei orgànica 6/1985, d'1 de juliol, del Poder Judicial, per les raons aportades en el Fonament V.

B) Articles 91.2, 3 i 4, en relació amb la Llei de l'Estat 50/1981, de l'Estatut orgànic del Ministeri Fiscal, per les raons aportades en el Fonament V.

C) La disposició addicional quarta es refereix a la competència del Tribunal Constitucional per resoldre els desacords que es produeixen en la Comissió Mixta de Transferències. Encara que aparentment aquests desacords podrien considerar-se com a conflictes constitucionals, el fet cert és que el Tribunal Constitucional ha opinat d'una altra forma, per considerar que en realitat l'omissió del traspàs és una situació de fet que no pot resoldre's declarant la titularitat de la competència en litigi (STC 209/1990, de 20 de desembre, FJ 4). La previsió continguda en la disposició examinada resoldria, doncs, una llacuna important, però és clar que requereix la reforma de la Llei orgànica 2/1979, de 3 d'octubre, del Tribunal Constitucional.

En canvi, aquesta reforma potser no sigui estrictament necessària per implementar l'eficàcia de l'article 174, sobre participació de la Generalitat en la designació de magistrats del Tribunal Constitucional. En efecte, el precepte considerat estableix un sistema obert de participació a través del Senat que podria implementar-se mitjançant acords i convencions constitucionals. No obstant això, si es volen evitar possibles dubtes i atorgar a aquesta participació ple valor legal i no solament consuetudinari, sí serà necessària la reforma de l'esmentada Llei orgànica.

D) La Llei orgànica 5/1985, de 19 de juny, del règim electoral general, resulta afectada pels articles 54.4 i 72, que fixen un termini d'entre quaranta i seixanta dies entre la publicació del decret de convocatòria d'eleccions al Parlament i el dia de la votació.

Ambdós preceptes contradiuen de forma clara allò previst a l'article 42 de la Llei orgànica esmentada, que imposa un termini taxat de 54 dies tant per a les eleccions generals com per a les autonòmiques. Aquest termini és el que resulta de la necessitat de respectar els diferents terminis intermitjos que integren tot el procediment electoral, i que responen a la necessitat de garantir la puresa del procés: així, el termini perquè els electors puguin

comprovar la seva inscripció en el cens electoral i instar la corresponent rectificació, el termini per a la presentació de les candidatures (entre el quinzè i el vintè dia posteriors a la convocatòria, que ja de si mateix és un temps molt limitat per a les agrupacions d'electors que estan obligades a obtenir un nombre important de signatures), el termini per a la proclamació i impugnació de les esmentades candidatures (inclòs el recurs contenciós administratiu i, en el seu cas, el d'empara constitucional) i, finalment, el termini per a la realització de la campanya electoral pròpiament dita, entre d'altres.

Així doncs, aquests preceptes també depenen per a la seva eficàcia de la corresponent reforma de la Llei electoral general.

E) Com havíem indicat en el Fonament VII.23.A, entenem que l'article 163.2.b, sobre competència de la Generalitat per a l'expedició de la documentació oficial i del passaport, requereix per a la seva eficàcia la modificació de la Llei orgànica 2/1986, de 13 de març, de forces i cossos de seguretat. S'ha d'incloure, doncs, en la disposició addicional novena.

F) No creiem, en canvi, que l'article 143 (sobre la competència de la Generalitat en relació amb els diferents instruments de consulta popular) requereixi per a la seva eficàcia la reforma prèvia de la Llei orgànica 2/1980, de 18 de gener, reguladora de les diferents modalitats de referèndum. En efecte, d'acord amb l'article 92.3 CE, el que ha de regular aquesta llei orgànica són les "diferents modalitats de referèndum previstes en aquesta Constitució", i això és el que realment fa, fins al punt que la seva disposició addicional declara exclosa del seu àmbit les consultes populars que puguin celebrar-se a nivell municipal, que estan tractades en un altre cos legal.

Consegüentment, si entenem que l'article 143 examinat no es refereix al referèndum de ratificació de la reforma estatutària, res no impedeix que la Generalitat elabori la seva pròpia normativa sobre consultes populars, de la mateixa manera que l'existència d'una llei orgànica estatal sobre la iniciativa legislativa popular, prevista a l'article 87.3 CE, no ha impedit la intervenció del legislador autonòmic en aquesta mateixa matèria. Amb el benentès que la convocatòria de cada referèndum concret requerirà l'autorització estatal, per exigir-ho així l'article 149.1.32 CE.

És per això que no considerem necessària la cita de la Llei orgànica 2/1980, reguladora de les diferents modalitats de referèndum, en aquesta disposició addicional novena.

G) Tampoc no és necessària la modificació de la Llei 6/1997, de 14 d'abril, sobre organització i procediment de l'Administració general de l'Estat, per tal que l'article 69.1, sobre la condició de la Generalitat com a Administració estatal ordinària, adquireixi eficàcia immediata, almenys si s'interpreta en la forma en què l'hem declarat constitucional.

H) Els apartats 1 i 3 de l'article 176, sobre designació per la Generalitat de representants als òrgans de direcció del Banc d'Espanya, Comissió Nacional del Mercat de Valors, Comissió del Mercat de les Telecomunicacions, Tribunal de Comptes, Consell Econòmic i Social, Agència Tributària, Comissió del Sistema Elèctric, Agència de Protecció de Dades, i Consell de la Ràdio i la Televisió espanyola, no requereixen, per a la seva eficàcia, la reforma de les corresponents lleis orgàniques o ordinàries, ja que quan hem abordat l'examen d'aquest article 176, hem proposat afegir l'expressió "[...]" en els termes que estableix la legislació aplicable".

Consegüentment, els preceptes de la Proposta de Reforma que s'acaben de citar són constitucionals, en la mesura que la seva eficàcia quedi diferida a la modificació de les corresponents lleis orgàniques o ordinàries.

## **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 legítims 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, a l'efecte 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, afageix 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 què 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 constituiria 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 conferit 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 ara com ara, 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 subseqüents 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 subseqüent 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 estrany 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 el fet d'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 traspassar 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 CE 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 interordenamentals, 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 institucional 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. Àngel 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 novembre (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." (FJ 3)

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 subestatsals (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 procés mateix 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 dona 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 conseqüents 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 coherència 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 efecte, 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 1<sup>a</sup>.2.b) i, cal entendre que, per les seves característiques, l'ensenyament de la religió forma part d'aquest concepte. Aquest fet està 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" el 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 fins i tot 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 diferents. 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 justifica una connexió raonable amb el contingut estatutari.

Article 91: Per la seva remissió a la "Llei del Parlament". L'Estatut orgànic del Ministeri Fiscal és una norma de competència estatal. Per tant, una llei 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 llei 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 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 a 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 6, 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, 80/1988, 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; 227/1988, 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'ínterpret 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 impedit 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 lletres 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 assenyala 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 poden 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 que està 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 tothom sap, 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 en 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 a "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 aquestes 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, d'11 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 notarials es recullen en els respectius protocols notarials. 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 notarials 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 autònoma 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, 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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup>, 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"). D'altra banda, 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 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" ja que 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 a negociar i arribar a uns pactes en 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 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 impeding 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 "lleï 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, en disposar 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 han 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, atribuint-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 decisió formalment 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 en 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: 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 d'aquelles tant des de la perspectiva de quines vol transferir com 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"); 2) 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 laïc 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 meua 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 laïc, 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 laïc 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 estic 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 sotassígnat, 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 als quals 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), és a dir, 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 se 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 què 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 els 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 número 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 legitimació 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 Devolució 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 explícita, 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 tothom sap, 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, perquè 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 jurídicopúblics propis, com fou el cas de Catalunya. Ultra això, la naturalesa i peculiaritats del sistema jurídicopúblic 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 jurídicoprivat, com jurídicopúblic. El constreïment 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 jurídicopúblic, 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 jurídicoprivada.

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 remet expressament als estatuts d’autonomia, sense esmentar-ne cap en concret, per a 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), que a l'efecte de la nostra argumentació, assenyalem. 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'emparament 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 desprèn 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) i 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 addicional primera CE.

D) A Andalusia, l'article 1.1 del seu Estatut d'autonomia diu "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 foral 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 el lligam amb una història d'afirmació i respecte dels drets fonamentals 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, de 26 d'abril, 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 arbitrietat, discriminació o privilegi, prohibits constitucionalment, a banda que els antics privilegis i furs quedarien avui totalment descontextualitzats. Per això, el nucli del concepte de fet diferencial ha estat destacat per part de la doctrina 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 86/1988, 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 jurídic-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, dependent 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'Estat. 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 cualificación 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) Article 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 capacitació 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 Sentència del Tribunal Constitucional 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.

Conseqüentment, 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 prodirat 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. Consegüentment, 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 les 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) Article 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.

#### IV

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 amb 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 darrere, 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, relatiu 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, atesa 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 del cas). En conseqüència, per no fer impossible trobar una posició estatal caldria cercar una solució de caràcter cooperatiu o multilateral, que impliqués, en 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 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 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 aquestes, 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 gens 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. A parer nostre, 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, comprèn 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, a parer nostre, 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 comprèn 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 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 una altra 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, totes les 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, constituiria 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 dona 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'aquestes comprèn 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 els trets 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 de les esmenes que comprenen 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 les 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 traspassar 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 senyor Jaume Camps i Rovira, que ha comptat amb l'adhesió del conseller senyor 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 a 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 per als 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 atermentament 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 adicional 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'empara 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’empara 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 la 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 senyor Jaume Camps amb l’adhesió del conseller senyor 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 la 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 no 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 no explicita 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 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 senyor 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.<sup>a</sup> 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 en parlar dels “drets històrics” en el vot particular que hem formulat juntament amb el conseller senyor 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 definir 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 sens perjudici de salvaguardar en qualsevol cas els principis de suficiència financera, unitat expressada en termes de coordinació amb la 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 un 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 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 d'aquests 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 amb 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 és 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, en 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 que 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 comprenen essencialment la necessitat de garantir la suficiència financera per fer front a les noves competències assumides i les ampliades i, concretament, a la prestació dels serveis a la ciutadania que es deriven d'aquestes. 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 rectoros 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, en 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 en 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 compregui 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 proximitat 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 senyor Camps amb l'adhesió del conseller senyor 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 "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 "lleis paccionades", 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 "lleï 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 llei 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 llei 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 principis constitucionals següents:

- El principi de solidaritat fixat a la Constitució espanyola.
- El principi constitucional de respecte a l'estructura general impositiva de l'Estat i a les normes de coordinació i 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 llei 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. Gosariem 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 omplim 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 complerta 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 excloent 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, subscrit 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 al 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, Ceuta 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'arriba 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

Segons 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 meva 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 autònic 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 a 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 manera o d'una altra 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 acomplir 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, cosa que 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 acompleixen una funció externa configuradora de l'Estat amb mandats per a l'Estat mateix, 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 atès 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'enjudicaran 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, en 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.

Segons la meua opinió, l'Estatut d'autonomia, en allò que la Constitució li reserva o hi està directament connectat, preval 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.

A parer meu, 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. És a dir, 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, a parer meu, 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 prevaldre 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 aconsegueix 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 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 (STC 204/1992, de 26 de novembre, FJ 3)].

El raonament de fons del que s'ha dit es basa 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 el reconeixerà i l'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, dissenteixo de la preeminència, a parer meu 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 previstos 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, sobrera o, fins i tot, limitadora dels preceptes estatutaris, però, en cap cas no 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 d'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 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 LOCGPJ, 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 autònic, 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 excepció a la regla general que reserva a la competència 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 proposta 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 autònic, 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 ha 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 d'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 de les 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, de 31 de gener; i 175/1985, de 17 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 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 citació de la majoria de 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 tornarem més endavant.

I finalment, com seguidament 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, de 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 d'octubre, 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, senglés 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 autònomic 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 establint 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 en 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 síntesi 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 sustenta 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 no 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 de la majoria i el meu parer siguin parcialment oposats.

En conclusió, a parer meu, 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, segons el 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 en 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) A parer meu, 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-lo 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 recórrer 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 necessita una interpretació ajustada a la Constitució, ja que altrament pot presentar dubtes de constitucionalitat.

Així, per citar uns exemples, dels quals certament es poden 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 perquè, 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'ha 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 a l'esmena 371, no és inconstitucional en establir la competència exclusiva de la Generalitat en matèria de finançament local, interpretada 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 exclogui 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. A l'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, de 19 de juny, del 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, segons el 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 dels 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. A parer meu, 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 senyors 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 meua 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, les esmenes i els 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, les esmenes i els 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 estatutari. Segons el 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 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 no 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-, podem 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 de l'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 tan 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 que 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 són 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, a parer meu, 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 respecte d'aquesta qüestió.

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 a allò 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 12 de desembre, la Sentència 140/1990, de 20 de setembre i la Sentència 109/1998, de 21 de maig, 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 del 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 comarcalització català), tampoc la STC 109/1998 no té ancoratge 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 formulo juntament amb els consellers senyors 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. A parer meu, 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 estableixen 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 a 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 autònoma 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 senyor 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 autònòmiques 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, tot 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 mandatàr 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 sobrera, 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 parer 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 en relleu allò 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 aquestes 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 presentaria cap dubte de constitucionalitat si enlloc de referir-se a transferència, es referís també a 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 guix 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, segons el 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 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

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 legítims 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 jurídicoformal 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, a l'efecte 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, afageix 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 raiocini absolutament preceptiu i imprescindible, per molt que l'article 1.3 de la Llei faci una genèrica referència a què 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 conferit 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 ara com ara, 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 técnicojurídic, 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 subseqüents 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 subseqüent 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 estrany 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 el fet d'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 traspassar 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 CE 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 institucional 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 aollida 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. Àngel 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 novembre (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." (FJ 3)

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 subestats (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 procés mateix 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 dona 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 conseqüents 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 efecte, 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 1<sup>a</sup>.2.b) i, cal entendre que, per les seves característiques, l'ensenyament de la religió forma part d'aquest concepte. Aquest fet està 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" el 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 fins i tot 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 diferents. 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 efectius" 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 justifica una connexió raonable amb el contingut estatutari.

Article 91: Per la seva remissió a la "Llei del Parlament". L'Estatut orgànic del Ministeri Fiscal és una norma de competència estatal. Per tant, una llei 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 llei 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 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 a 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 6, 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, 80/1988, 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; 227/1988, 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'ínterpret 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 lletres 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 assenyala 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 poden 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 que està 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 tothom sap, 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 en 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 a "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 aquestes 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, d'11 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 notarials es recullen en els respectius protocols notarials. 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 notarials 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 autònoma 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, 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 condiona 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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup>, 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"). D'altra banda, 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 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” ja que 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 a negociar i arribar a uns pactes en 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 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 impeding 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 “lleï 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, en disposar 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 han 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 decisió formalment 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 en 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: 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 d'aquelles tant des de la perspectiva de quines vol transferir com 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"); 2) 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 laïc 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 inseguretats del vot majoritari.

Aquí comença la meua 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 laïc, 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 laïc 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 estic 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 sotassignat, 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 als quals 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), és a dir, 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 se 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 què 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 els 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 adicional 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 adicional 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 legitimació 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 autònom 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 explícita, 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 tothom sap, 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, perquè 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 jurídicopúblics propis, com fou el cas de Catalunya. Ultra això, la naturalesa i peculiaritats del sistema jurídicopúblic 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 jurídicoprivat, com jurídicopúblic. El constreïment 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 jurídicopúblic, 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 jurídicoprivada.

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 remet expressament als estatuts d'autonomia, sense esmentar-ne cap en concret, per a 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), que a l'efecte de la nostra argumentació, 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'emparament 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 despenia 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) i 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 addicional primera CE.

D) A Andalusia, l'article 1.1 del seu Estatut d'autonomia diu "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 proposta 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 foral 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 el lligam amb una història d’afirmació i respecte dels drets fonamentals 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, de 26 d’abril, 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 arbitriietat, discriminació o privilegi, prohibits constitucionalment, a banda que els antics privilegis i furs quedarien avui totalment descontextualitzats. Per això, el nucli del concepte de fet diferencial ha estat destacat per part de la doctrina com a reconeixement constitucional i estatutari dels elements d'una personalitat historicopolítica pròpia d'algunes nacions. L'apel·lació dels 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 86/1988, 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 jurídic-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, dependent 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 duplictat 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'Estat. 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 cualificación 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. Consegüentment, 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) Article 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 Llei Orgànica 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'establí 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'afirmen 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 capacitació 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 Sentència del Tribunal Constitucional 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 prodirat 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. Consegüentment, 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 les 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) Article 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.

#### IV

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 amb 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 darrere, 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, relatiu 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, atesa 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 del cas). En conseqüència, per no fer impossible trobar una posició estatal caldria cercar una solució de caràcter cooperatiu o multilateral, que impliqués, en 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 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 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 aquestes, 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 gens 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. A parer nostre, 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, comprèn 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, a parer nostre, 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 comprèn 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 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 una altra 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, totes les 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, constituiria una mancança difícilment explicable per part del legislador estatut. 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 dona 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'aquestes comprèn 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 els trets 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 de les esmenes que comprenen 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 les 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 traspassar 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 senyor Jaume Camps i Rovira, que ha comptat amb l'adhesió del conseller senyor 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 a 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 per als 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'empara 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'empara 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 la 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 senyor Jaume Camps amb l'adhesió del conseller senyor 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 objecció: 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 la 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 no ens indica la gradació mitjançant la qual han de jugar en cada cas els tres eixos del finançament autòmic, 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 no explicita 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 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 senyor 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.<sup>a</sup> 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 en parlar dels “drets històrics” en el vot particular que hem formulat juntament amb el conseller senyor 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 definir 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 sens perjudici de salvaguardar en qualsevol cas els principis de suficiència financera, unitat expressada en termes de coordinació amb la 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 un 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 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 d'aquests 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 amb 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 és 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, en 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 que 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 comprenen essencialment la necessitat de garantir la suficiència financera per fer front a les noves competències assumides i les ampliadess, concretament, a la prestació dels serveis a la ciutadania que es deriven d'aquestes. 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 rectors 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, en 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 en 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 compregui 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 proximitat 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 senyor Camps amb l'adhesió del conseller senyor 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 “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 "lleï 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 lleï paccionada. No ens farem forts en la literalitat del concepte de "lleï 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 lleï que aprova el concert basc o la LORAFNA) a la lleï 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 lleï 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 lleï 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 lleï bilateral, lleï acordada o lleï 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 lleï 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 principis constitucionals següents:

- El principi de solidaritat fixat a la Constitució espanyola.
- El principi constitucional de respecte a l'estructura general impositiva de l'Estat i a les normes de coordinació i 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 omplim 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 complerta 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 excloent 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, subscrit 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 al 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, Ceuta 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'arriba 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

Segons 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 meva 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 a 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 manera o d'una altra 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 acomplir 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, cosa que 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 acompleixen una funció externa configuradora de l'Estat amb mandats per a l'Estat mateix, 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 atès 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, en 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.

Segons la meua opinió, l'Estatut d'autonomia, en allò que la Constitució li reserva o hi està directament connectat, preval 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.

A parer meu, 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. És a dir, 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, a parer meu, 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 prevaldre 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 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 (STC 204/1992, de 26 de novembre, FJ 3)].

El raonament de fons del que s'ha dit es basa 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 el reconeix i l'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, a parer meu 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, sobrera o, fins i tot, limitadora dels preceptes estatutaris, però, en cap cas no 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 d’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 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 LOCGPJ, 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 autònic, 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 excepció a la regla general que reserva a la competència 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 autònom, 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 ha 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 d'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 de les 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, de 31 de gener; i 175/1985, de 17 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 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 dels 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 dona 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 citació de la majoria de 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 tornarem més endavant.

I finalment, com seguidament 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, de 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 d'octubre, 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 autònomic 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 establint 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 en 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 síntesi 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 sustenta 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 no 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 de la majoria i el meu parer siguin parcialment oposats.

En conclusió, a parer meu, 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, segons el 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 en 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) A parer meu, 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-lo 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 recórrer 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 necessita una interpretació ajustada a la Constitució, ja que altrament pot presentar dubtes de constitucionalitat.

Així, per citar uns exemples, dels quals certament es poden 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 perquè, 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'ha 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 a l'esmena 371, no és inconstitucional en establir la competència exclusiva de la Generalitat en matèria de finançament local, interpretada 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 exclogui 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. A l'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, de 19 de juny, del 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, segons el 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 dels 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. A parer meu, 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 senyors 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 meua 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, les esmenes i els 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, les esmenes i els 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. Segons el 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 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 no 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-, podem 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 novadores, 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 de l'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 tan 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 que 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 són 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 enunciatos 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 viaranyos 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, a parer meu, 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 respecte d'aquesta qüestió.

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 a allò 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 12 de desembre, la Sentència 140/1990, de 20 de setembre i la Sentència 109/1998, de 21 de maig, 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 del 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 comarcalització català), tampoc la STC 109/1998 no té ancoratge 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 formulo juntament amb els consellers senyors 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.

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. A parer meu, 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 estableixen 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 a 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 autònoma 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 senyor 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 autònòmiques 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, tot 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 mandatjar 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 sobrer, 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 parer 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 en relleu allò 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 aquestes 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 presentaria cap dubte de constitucionalitat si enlloc de referir-se a transferència, es referís també a 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 despenia 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, segons el 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 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